This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

**Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

**About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

60

Bd. Oct. 1908.

HARVARD LAW LIBRARY

Received JUL 16 1908

Digitized by Google

German

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

# UNSERE
# RECHTS- UND BEGRIFFSBILDUNG

STUDIEN

VON

PROFESSOR DR. ERNST STAMPE

GREIFSWALD, 1907
VERLAG VON JULIUS ABEL, KGL. UNIV.-BUCHDRUCKEREI

Digitized by Google

JUL 16 1908

BK 2004

Digitized by Google

Sr. Exzellenz,

dem Wirklichen Geheimen Rat und Ministerialdirektor

# Herrn Professor Dr. Althoff

in herzlich dankbarer Erinnerung an das Strassburger Jahr 1882

und die ganze spätere Zeit

ehrerbietig gewidmet.

Greifswald, im Oktober 1907.

Digitized by Google

Digitized by Google

# Inhalt.


Seite

I. Rechtsfindung durch Konstruktion. (Deutsche Juristenzeitung vom 1. Mai 1905, p. 417ff. . . . . 1

II. Rechtsfindung durch Interessenwägung. (Deutsche Juristenzeitung vom 1. August 1905, p. 713.) . . . 10

III. Gesetz und Richtermacht. (Deutsche Juristenzeitung vom 15. November 1905, p. 1017ff.) . . . . . 20

IV. Die Fehlgriffe unserer Zivilrechtsjudikatur und ihre Ursache. (Juristische Rundschau des „Tag“ vom 28. März 1906.) . . . . . 29

V. Der Dilettantismus in unserer juristischen Begriffsbildung. Oktober 1907. . . . . 38


Digitized by Google

Digitized by Google

# Vorwort.

Neu ist in der vorliegenden Studiensammlung nur der letzte, umfangreichste Aufsatz über den Dilettantismus in unserer juristischen Begriffsbildung, der es unternimmt, die verhängnissvollen Folgen dilettantischen Konstruierens für den Rechtsunterricht und die Rechtsbildung zu beleuchten, und Vorschläge für einen zweckmässigeren Aufbau des Privatrechtssystems zu machen.

Aber die Ansichten des Verfassers über die Ziele der Begriffsbildung sind mit seinen Anschauungen über die Methode der Rechtsbildung so eng verknüpft, dass sie ohne Kenntniss der letzteren nicht verstanden werden können. Deshalb erschien es richtig, vier Aufsätze aus den Jahren 1905 und 1906, in denen diese Anschauungen niedergelegt wurden, die aber in der Deutschen Juristen-Zeitung resp. im „Tag" erschienen und deshalb nicht jederzeit zugänglich sind, hier noch einmal mit abzudrucken.

Der Abdruck geschah unverändert; denn weder Heck, noch Bülow, noch Unger — anderer zu

Digitized by Google

geschweigen — haben den Verfasser von der Überzeugung abbringen können, dass dem Richter nicht nur die Befugniss zur Ergänzung des Gesetzes, sondern unter angemessenen Kautelen auch die Macht zur Änderung des Gesetzes gebühren müsse. Es würde auch zwecklos sein, neue Debatten mit denen zu beginnen, welche die Notwendigkeit dieser Ausdehnung der richterlichen Macht angesichts der Zustände, die ihr Fehlen in unserer Rechtsprechung herbeigeführt hat, noch weiter bestreiten.

Greifswald, im Oktober 1907.

Digitized by Google

I.

## Rechtsfindung durch Konstruktion.

(Deutsche Juristen-Zeitung v. 1905, S. 417 ff.)

Das Recht ist eine Zwangsordnung sozialer Verhältnisse. Den Anlass dieser Zwangsordnung bilden die dem menschlichen Egoismus entspringenden Interessenkämpfe. Ihr Ziel muss in dem modernen Kulturstaat eine solche Schlichtung dieser Kämpfe sein, welche das Gemeinwohl bestmöglich fördert. Man sollte deshalb meinen, Rechtssätze dürften nur durch soziale Erwägungen gefunden werden; d. h. nur durch Ueberlegungen rechtspolitischen Inhalts. Aber seltsamerweise besitzen wir Grundsätze, die uns hierauf hinwiesen, nicht. Man hat überhaupt, trotzdem die Theorie die Frage bereits lebhaft ventilierte, eine bestimmte Methode der Rechtsbildung noch nicht auf den Schild erhoben. Man schwankt zurzeit, namentlich im Privatrecht, zwischen zwei verschiedenen Verfahren hin und her. Bisweilen findet man den gesuchten Rechtssatz wirklich durch soziale Erwägungen, indem die Interessen, welche an seinem künftigen Inhalt bestehen — nicht nur die der Privaten, sondern auch die der Allgemeinheit —, ermittelt und mit einander verglichen werden und der Inhalt dann in der Richtung der als schutzwürdig befundenen Interessen bestimmt wird.

Beliebter als diese Rechtsfindung durch Interessenabwägung ist aber die Rechtsfindung durch Konstruktion. Dieses Verfahren schaltet soziale Erwägungen grundsätzlich



Digitized by Google

aus. Es hängt eng zusammen mit der Theorie von der Lückenlosigkeit der Rechtsordnung[1]). Nach dieser Theorie ist die „logische Expansionskraft" des vorhandenen Rechtes eine so grosse, dass sie für sämtliche offenen Rechtsfragen, ja selbst für die rechtliche Regelung von neu auftauchenden Lebenserscheinungen (Telephon, Automobil) im Wege eines rein logischen Subsumtions- und Deduktionsverfahrens die nötigen Normen ergibt. Dieser Weisung entsprechend, erzielt die Rechtsfindung durch Konstruktion — welche ihre Tätigkeit konsequent nicht als Rechtsfindung, sondern als Aufdeckung von latent bereits vorhandenem Rechte auffasst —, die neuen Rechtssätze, welche sie braucht, durch rein logische Operationen.

Dies Nebeneinander zweier grundverschiedener Rechtsbildungsmethoden finden wir nicht nur in unserer Gesetzgebung, sondern auch in unserer Rechtsprechung. Letztere bevorzugt indessen bei der Ausfüllung von Rechtslücken die Rechtsfindung durch Konstruktion. Dies Verhalten wird klärlich, ausser von dem Dogma der Lückenlosigkeit, auch von dem anderen eng mit jenem verknüpften Dogma beeinflusst, dass der Richterspruch den Boden der Rechtsordnung nicht verlassen dürfe.

Kürzlich habe ich ausgeführt[1]), dass die Rechtsfindung durch Konstruktion Anspruch auf Wissenschaftlichkeit nicht erheben darf und schwere soziale Gefahren in sich birgt; dass dagegen die Rechtsfindung durch Interessenabwägung allen billigen Anforderungen an eine Rechtsbildungsmethode entspricht und deshalb nicht nur in der Ge-

1) Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie (1892) S. 372ff.

2) In meinem Vortrag in der Jurist. Gesellschaft zu Berlin (vgl. deren 46. Jahresbericht).

Digitized by Google

setzgebung, sondern gerade auch bei der Rechtsergänzung des Richters ausschliesslich zur Anwendung kommen muss. Aeltere Praktiker haben hiergegen scharf opponiert. Man behauptete, für den Richter komme nur die Rechtsfindung durch Konstruktion in Betracht; nur bei dieser stehe er wissenschaftlich und praktisch auf festem Boden. Die Rechtsfindung durch Interessenabwägung leiste dem unreifen Dilettieren auf sozialem Gebiet Vorschub, bringe den Richter leicht in das Gefolge von Sonderströmungen und sei geeignet, die Rechtsordnung mit einem Chaos von, allen möglichen Zweckmässigkeitsrücksichten entsprungenen und des Zusammenhaltes durch grosszügige Prinzipien entbehrenden Einzelsätzen zu überschwemmen.

Dieser Einspruch von so berufener Instanz veranlasst mich, die Frage: Wie muss der Richter Lücken der Rechtsordnung ausfüllen? dem Leserkreise dieser Zeitung zu unterbreiten. Ich glaube, damit unter den Problemen, die dem Praktiker gestellt sind, eins der wichtigsten zu berühren, und ich hoffe, dass seine Besprechung an diesem Ort weitere Äusserungen zu dem von der Praxis bisher auffällig vernachlässigten Thema hervorrufen wird.

Die nachfolgende Ausführung soll meine Einwände gegen die Rechtsfindung durch Konstruktion zusammenfassen.

I. Ich kann gegen die Rechtsfindung durch Konstruktion die Vorwürfe der Unwissenschaftlichkeit und der in eine soziale Gefahr ausartenden praktischen Untauglichkeit nicht zurücknehmen. Betrachten wir zunächst das Fundament, auf welchem sie ihre Bauten errichtet.

Die Rechtsordnung selber bietet sich als solches nicht dar. Denn sie ist nur eine Summe von Rechtssätzen;



Digitized by Google

jeder Rechtssatz knüpft aber seine Rechtswirkungen nur an einen ganz bestimmten Tatbestand, und die „logische Expansionskraft" eines Rechtssatzes bez. seines Tatbestandes reicht nicht weiter, als, nach dem Ergebnis der Auslegung, das Gesetz den Inhalt dieses Tatbestandes begrenzt, — kann sich also niemals auf Tatbestände erstrecken, welche jenseits dieser Grenze liegen. Hat beispielsweise die Auslegung festgestellt, dass der gesetzlich normierte Tatbestand des § 326 BGB. nur die Verzögerung der Erfüllung umfasst, so weiss ich nicht, woher der § 326 die logische Expansionskraft nehmen soll, um als Rechtssatz, als generell bindende lex, auch den Tatbestand sonstiger Verfehlungen in der Erfüllung, z. B. der Lieferung mangelhafter Ware, zu umspannen.

Nur das ist möglich, dass die Wirkungen, die ein Rechtssatz für seinen Tatbestand (etwa für die verzögerte Erfüllung) statuiert, auf einen anderen, vom Gesetz bisher nicht geregelten Tatbestand (etwa auf die fehlerhafte Erfüllung) durch richterlichen Ergänzungssatz übertragen werden. Aber dies Verfahren operiert nicht mit logischen, sondern mit sozialen Erwägungen; und es erzeugt keinen Rechtssatz, sondern nur einen Ergänzungssatz, dessen Wirkung über die jeweilige res judicata nicht hinausgeht, den Richter also nicht hindert, in künftigen Fällen auf Grund inzwischen gewonnener besserer Einsicht anders zu entscheiden.

Ebensowenig wie die Rechtsordnung bildet das Rechtssystem eine brauchbare Grundlage für die Rechtsfindung durch Konstruktion — vorausgesetzt, dass es seiner wissenschaftlichen Aufgabe gerecht wird. Denn letztere besteht

Digitized by Google

darin, dem menschlichen Auffassungsvermögen die Beherrschung des in den jeweilig vorhandenen Rechts- und Ergänzungssätzen aufgespeicherten Rechtsstoffes zu erleichtern, und der zu diesem Behuf geschaffene Aufbau von Lehrsätzen, welcher das Rechtssystem darstellt, muss ein getreues Spiegelbild von jenem Rechtsstoffe, aber auch nur von ihm, entwerfen und taugt gerade deshalb nicht zum logischen Deduktionsreservoir für die Regelung von noch offenen Rechtsfragen.

Dazu eignet sich nur ein solches Rechtssystem, dessen Lehrsätze sich an jenes Gesetz der Kongruenz mit dem jeweilig vorhandenen Rechtsstoffe nicht binden. Aus einem derartigen Rechtssystem lässt sich natürlich alles logisch deduzieren; man braucht seine Lehrsätze ja nur entsprechend zu formulieren. Es äussert übrigens nicht bloss logische Expansionskraft, sondern auch logische Restriktionskraft, je nach Bedarf. So wurde die gemeinrechtlich offene Frage, ob dem Grundstückshypothekar die Forderung auf die Versicherungssumme hafte — deren Bejahung in gewissen Grenzen wichtige soziale Gründe fordern — vom Reichsgericht[1]) verneint, weil es in seinem Rechtssystem keinen Begriff vorfand, aus dem es diese Haftung logisch deduzieren konnte.

Wir sehen also, als Fundament bleibt der Rechtsfindung durch Konstruktion nur ein Bau aus Münchhausenschen Luftsteinen übrig.

II. Wie steht es nun um ihre praktischen Ergebnisse? Dieselben sind in ihren Einzelheiten

1) III 1884, SA. 40 Nr. 185.

Digitized by Google

seit Bähr und Jhering so oft und hell beleuchtet worden, dass es hier genügt, ihre Grundzüge zu skizzieren.

1. Da die Auswahl der Konstruktionsbasis durch Realitäten nicht beengt wird, können demselben Tatbestande ganz beliebige, auch einander völlig entgegengesetzte Rechtswirkungen ankonstruiert werden. Man hat dem Zessionar gegen den Zedenten, welcher den Zessus beerbt, die Klage versagt, weil die zedierte Forderung eine Forderung des Zedenten bleibe, die der Zessionar nur ausübe, und niemand aus seinem eigenen Rechte beklagt werden könne. Mit gleichem Fug konnte man die Klage gegen den Zedenten gewähren, weil im Gegenteil der Zessionar durch die Zession ein eigenes Forderungsrecht bekomme — oder weil der Erbe ja lediglich die Person des Erblassers fortsetze.

Trotz dieser Gelenkigkeit ist die Rechtsfindung durch Konstruktion nicht fähig, den Nuancierungen eines Tatbestandes überall zu folgen. So müssen die Theorien, welche dem Hypothekar die Forderung auf die Versicherungssumme als commodum rei oder als accessorium rei verstricken, diese Haftung auch dann bestehen lassen, wenn die Summe nach den Versicherungsbedingungen nur zur Wiederherstellung des versicherten Gebäudes zu zahlen ist; und doch ist letzterenfalls das Gegenteil sozial notwendig [1]).

2. Der Ausschluss sozialer Erwägungen bewirkt, dass auch das sozial Bedenkliche zum Recht erhoben wird. Dem „abstrakten Charakter" der Eigentumsübertragung zuliebe wird auch der Eigentümer, welcher mala fide aus ungültiger causa erwarb, und sogar der, welcher aus einer

1) Cf. BGB. § 1130, Prot. II bei Mugdan S. 809—812.

Digitized by Google

für ihn unsittlichen causa erworben hat; dadurch werden im Konkurse des Erwerbers dessen Gläubigern oft direkt unmoralische Vorteile auf Kosten des Veräusserers zugewendet. Die gemeinrechtliche Reichsgerichtspraxis erstreckte das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters a conto der tacita conventio, die ihm als Entstehungstatbestand ankonstruiert wurde, auch auf die unpfändbaren Illaten, die ja durch Vertrag verpfändet werden können.

3. Die Begründung konstruktiv gefundener Entscheidungen wird dem Laien unverständlich erscheinen. Einen Beweis dafür bietet das Urt. des Reichsger. VII 1903 (RE. 54 Nr. 77).

Eine verschuldete und bereits fruchtlos exequierte Ehefrau wurde als Intestaterbin ihres Bruders berufen, schlug aber die Erbschaft aus, um sie unverkürzt ihrem Kinde, und damit ihrem Manne und sich die Vorteile des elterlichen Niessbrauches zuzuwenden. Der Gläubiger, welcher vordem vergeblich exequiert hatte, wollte die Ausschlagung anfechten; das Reichsgericht hat ihn aber abgewiesen.

Nach meiner Ansicht enthält das Reichsanfechtungsgesetz über die Anfechtung einer Erbschaftsausschlagung keine Bestimmung, und die Ausfüllung der somit vorhandenen Rechtslücke durch Interessenabwägung muss jedenfalls dahin gelangen, die Anfechtung im Fall dolos paulianischer Ausschlagung zuzulassen, da erfahrungsgemäss auf künftige Intestaterbschaften oft in durchaus verständiger Weise kreditiert wird und das Interesse des Berufenen, die Freiheit seiner Entschliessung zur Schikanierung seiner Gläubiger auszunutzen, nicht als schutzwürdig erscheint. Aber wie man auch entscheide, jedenfalls muss aus sozialen Erwägungen heraus

Digitized by Google

entschieden werden. Das Reichsgericht statuiert jedoch (entgegen der preussischen und französischen Rechtsprechung) die Unanfechtbarkeit mit der lediglich konstruktiven Begründung, vor der definitiven Annahme sei die Rechtsstellung des Erben zu der Erbschaft noch nicht eine solche, dass die Ausschlagung ein Weggeben aus dem Vermögen des Schuldners im Sinne des § 7 des Anfechtungsgesetzes darstelle. „Als System des Gesetzes erscheint, dass nach dem Tode des Erblassers zunächst nur ein vorläufiger Erwerb der Erschaft stattfindet . . ." [1]). Dies „System des Gesetzes" wird ermittelt aus den §§ 1942—1953, 517, 1406, 1453 BGB. und § 9 RKO. Es steht aber im Widerspruch mit dem § 1922. Ferner haben die zit. Paragraphen des BGB., aus denen es gefolgert ist, sämtlich auf solche Fragen Bezug, die mit der hier zur Entscheidung stehenden nicht verwandt sind; denn die §§ 1942—53 regeln die Erbschaftsausschlagung nur im allgemeinen und wollen damit dem Erben einer insolventen Erbschaft den Weg weisen, wie er von den Erbschaftsgläubigern wieder abkommen kann, nicht aber dem Erben einer solventen Erbschaft ein Mittel zur Benachteiligung seiner eigenen Gläubiger an die Hand geben; § 517 verneint den Schenkungscharakter einer Erbschaftsausschlagung, um für den Zuwender selbst das Widerrufsrecht des Schenkers (§ 530) und den Herausgabeanspruch bei nachträglicher Verarmung (§ 528) auszuschliessen, die bei einer Erbschaftsausschlagung, durch welche dem Ausschlagenden ja eine wirtschaftlich von ihm empfundene Vermögenseinbusse nicht entsteht, tatsächlich unangebracht sein würden; und die §§ 1406, 1453 wollen der Ehefrau nur

1) S. 292 unten.

Digitized by Google

ihrem Manne gegenüber aus erklärlichen ethischen Rücksichten die Freiheit der Entschliessung wahren. Endlich ist — die einzige Gesetzesstelle, welche in ein der Anfechtungsfrage naheliegendes Gebiet einschlägt — § 9 RKO.[1]) lediglich ein Kind desselben durch Konstruktion gewonnenen Prinzips, zu dessen Vätern das RG. ihn rechnet.

Eine Entscheidung, welche mit diesen Gründen und Beweisen dartun will, dass eine rite angefallene Erbschaft — die dem Erben gegen seinen Willen durch keine Macht der Erde mehr entziehbar ist — dennoch durch Ausschlagung den Gläubigern des Erben als Zugriffsobjekt beliebig entzogen werden kann, muss dem Volke unverständlich bleiben.

Die geschilderten Ergebnisse haben die Wirkung, dass die Volkstümlichkeit unserer Wissenschaft zurückgeht; der Gesetzgebung und der Rechtsprechung steht das Volk bereits ähnlich skeptisch gegenüber, wie seit langem der Theorie. Sollte uns das nicht zur Umkehr mahnen? Praktische Gründe hindern diese Umkehr nicht. Denn wir geben in der Rechtsfindung durch Konstruktion nicht etwas aus praktischen Bedürfnissen Entsprungenes, praktisch Unentbehrliches auf, sondern nur ein Erzeugnis der reinen, dem Leben abgewandten Theorie, welches die Jurisprudenz des vorigen Jahrhunderts hervorgebracht hatte unter dem Einfluss der Hegelschen Philosophie, dem sie damals ebenso wie die übrigen Wissenschaften verfallen war. Warum wollen wir allein noch in dem Banne des Hegelschen Begriffskultus verharren, dem die übrigen Wissenschaften sich, zumeist schon lange, wieder entzogen haben?

1) Motive S. 27; cf. S. 295 der Entscheidung.

Digitized by Google

II.

## Rechtsfindung durch Interessenwägung.

(Deutsche Juristen-Zeitung von 1905, S. 713 ff.)

Nachdem ich vor kurzem die Momente zusammengefasst habe [1]), welche die „Rechtsfindung durch Konstruktion" zu einer sozialen Gefahr machen, soll jetzt der Versuch unternommen werden, den Weg vorzuzeichnen, auf dem wir zu einer sozial brauchbaren Rechtsfindung gelangen können.

I. Zunächst müssen die Anschauungen über die Grenzen und das Wesen des Gesetzes reformiert werden. Das Dogma von der Lückenlosigkeit der Rechtsordnung, welches erfahrungsmässig als Begleiterscheinung umfassender Kodifikationen auftaucht und dem Staatsregiment oft ein gern gesehener Bundesgenosse gegen unbequeme Regungen richterlichen Machtgefühles ist, vindiziert dem Gesetz die Fähigkeit, den Lebensverhältnissen der Gegenwart wie der Zukunft gleichermassen die alles voraussehende, alles umfassende Norm zu sein; und da dem Verstande einleuchtet, dass diese Fähigkeit dem Gesetze nimmermehr innewohnen kann, wenn man es als eine Summe verbotenus festgelegter Rechtssätze auffasst, denen auch die höchste Menschenweisheit ja nie zu so allumspannendem Inhalt verhelfen könnte — so hat man, um das Dogma zu retten, zu der Unterstellung gegriffen, das Gesetz sei seinem eigentlichen Wesen nach nicht eine Summe geschriebener Rechts-

1) Vgl. meinen Aufsatz über Rechtsfindung durch Konstruktion, S. 417 d. Bl.

Digitized by Google

sätze, sondern ein System ungeschriebener Prinzipien, von denen jene geschriebenen Rechtssätze nur einzelne Anwendungsfälle bedeuten. So wird aus dem Rücktrittsrecht wegen Verzuges (§ 326 BGB.) das Prinzip, dass jede Vertragsverletzung, welche den Vertragszweck gefährdet, zum Rücktritt berechtigt (Staub); die Rechtssätze über die Behandlung wesentlichen Geschäftsirrtums wandeln sich in die Willens- resp. Erklärungstheorie; an die Stelle der Normen über den Rang bedingter Rechte, über die Berechnung der paulianischen Fristen bei bedingten Rechtsgeschäften, über den Zeitpunkt, von dem ab Zinsen und Nutzungen aus solchen Geschäften zuständig werden u. s. f., tritt das Prinzip der Rückwirkung oder Nichtrückwirkung der Bedingung etc. Und alle diese Prinzipien beanspruchen, als Gesetzesinhalt mit Gesetzeskraft respektiert zu werden.

Aber wie stimmt ein solcher latenter Gesetzesinhalt zu der dem Gesetz in allen Staatsordnungen zufallenden Aufgabe, den Willen der legislativen Staatsgewalt in authentischer Form zu offenbaren? Und weiter, ist es nicht ein aus praktischen Gründen jeder Rechtsordnung unentbehrlicher Satz, dass ein Wille, um rechtliche Bedeutung zu erlangen, geäussert, durch Erklärung verlautbart sein muss? Und endlich, wie soll man den Beweis erbringen, dass das Gesetz die Prinzipien, welche es nicht ausspricht, wirklich will? Der Wortlaut des Gesetzes lässt doch hier völlig im Stich, und ein anderes Hilfsmittel, den Willen des Gesetzes logisch zu ergründen, besitzt man nicht, namentlich auch nicht in den sog. Gesetzesmaterialien; denn den Willen des Gesetzes mit logischer Schlüssigkeit feststellen kann man nur aus dem Inhalt des

Digitized by Google

Gesetzes selber — die Materialien sind aber im Verhältnis zu dem Gesetz, dem sie zugehören, nicht Gesetzesinhalt, sondern lediglich Berichte über das, was die Verfasser des Gesetzes oder einzelne Gruppen derselben in das Gesetz hineinzulegen beabsichtigten, also Äusserungen rein historischer Natur, die für die Erforschung des Gesetzeswillens keinerlei authentische Bedeutung haben.

Man sieht, jene Auffassung gerät notwendig ins Uferlose. Wer auf sicherem Boden bleiben will, muss daran festhalten, dass der Wille des Gesetzes in ihm selber ausgesprochen sein muss, und dass der Inhalt dieses Willens genau derjenige ist, welcher sich nach den Regeln logischer Erkenntnis aus den Worten des Gesetzes ergibt. Ein latenter Gesetzeswille existiert nicht. Auch mit Hilfe der sog. Analogie können unausgesprochene Prinzipien nicht zu einem mit Gesetzeskraft ausgestatteten Dasein erweckt werden. Denn die Analogie ist nicht — wie man landläufig behauptet — Aufdeckung vorhandenen Gesetzesinhalts, sondern lediglich ein besonderer Fall richterlicher Rechtsfindung, der Gesetzeskraft nicht zukommt. Bestände nämlich die Analogie in der Aufdeckung vorhandenen Gesetzesinhalts, so dürfte sie nur mit logischen Schlüssen aus den Gesetzesworten operieren; in Wirklichkeit arbeitet sie aber genau so wie jede verständige richterliche Rechtsfindung mit ganz anderen Mitteln, nämlich sozialen Erwägungen, mit der vergleichenden Wertung kollidierender Interessen; denn nur dadurch kann sie ihr Ziel erreichen, für neu aufgetauchte Tatbestände, denen im Gesetz selber eine Regelung noch nicht zuteil wurde, die angemessenen Rechtswirkungen ausfindig zu machen. Die Analogie

Digitized by Google

unterscheidet sich von sonstiger richterlicher Rechtsfindung nur in dem einen Punkte, dass bei ihr die Interessenwertung zu dem Resultat kommt, das öffentliche Interesse an möglichst einfacher, kontinuierlicher Fortbildung der Rechtsordnung in concreto als überwiegender Berücksichtigung wert zu erachten und deshalb dem neu zu regelnden Tatbestande (z. B. der positiven Vertragsverletzung) die gleichen Rechtswirkungen beizulegen, die ein im Gesetz bereits geregelter Tatbestand (z. B. der Erfüllungsverzug) aufweist. In der Kraft der von ihr aufgestellten Sätze hat die Analogie dagegen vor sonstiger richterlicher Rechtsfindung nichts voraus. Gelangt sie also zu einer Verallgemeinerung eines gesetzlich geregelten Tatbestandes, also zu der Umwandlung des Einzelfalles in ein Prinzip (z. B. zu der Ausdehnung des gesetzlich nur für den Verzugsfall gewährten Rücktrittsrechtes auf jeden Fall von Vertragsverletzung, die den Geschäftszweck gefährdet), so wüsste ich nicht, woher dies so gewonnene Prinzip die Gesetzeskraft nehmen sollte.

Aber auch dort, wo ein Gesetzeswille ausgesprochen ist, kann man ihm Gesetzeskraft nur soweit zuerkennen, als sein Inhalt sich aus dem Gesetze selber zweifelsfrei ergibt. Zweifelsfrei erhellt z. B. aus § 826 BGB., dass die im § 859 dem Besitzer zugestandene Anwendung von Gewalt gegen verbotene Eigenmacht nicht das Mass der guten Sitte überschreiten darf, und darum hat diese Beschränkung Gesetzeskraft, trotzdem im § 859 selber nichts auf sie hindeutet. Was aber Ausdrücke wie „Geschäftsbesorgung“ in § 675 BGB., „sonstiges Recht“ in § 823, „ohne rechtlichen Grund“ in § 812, „durch ein Tier“ und

Digitized by Google

„derjenige, welcher das Tier hält" in § 833 besagen, lässt sich mit logischen Hilfsmitteln aus dem Gesetz nicht ergründen; und deshalb kann dem Sinne, den die Praxis diesen Worten unterlegt, Gesetzeskraft nicht zukommen; auch dann nicht, wenn er den Äusserungen der Gesetzesmaterialien inhaltlich entspricht; er ist vielmehr immer lediglich ein Produkt der richterlichen Rechtsfindung, geradeso wie die für gar nicht gesetzlich geregelte Fragen vom Richter aufgestellten Normen.

Auf diese Weise schrumpfen die Grenzen des Gesetzes freilich sehr zusammen. Aber dafür wird dem, was innerhalb derselben verbleibt, sein wahres Wesen als authentisch ausgesprochener Wille der legislativen Gewalt gerettet. Und auch der Stellung des Richters wird ihr wirklicher Inhalt zurückgegeben. Er wird von der inneren Unklarheit befreit, in welche ihn das Dogma von der Lückenlosigkeit der Rechtsordnung versetzt, wenn es ihn zwingt, Prinzipien aufzustellen, die aus der geschriebenen Norm keineswegs logisch notwendig folgen, und trotzdem diese Prinzipien als Gesetzesinhalt anzuerkennen. Und offen liegt erst jetzt vor seinem Blick die gewaltige Machtfülle, die sein Amt ihm gibt, indem es ihn nicht nur dazu beruft, nach dem Gesetze zu richten, sondern überall da, wo das Gesetz seiner Frage nicht Antwort steht, die Schöpfung des Rechtes für den der Entscheidung bedürfenden Einzelfall ihm selber anvertraut; eine Machtfülle, die ein grosses Mass von Verantwortlichkeit auf seine Schultern legt, aber ihm zugleich eine Tätigkeit zuweist, welche auch einem hochstrebenden Geiste als Ideal erscheinen möchte.

II. Die bisherigen Ausführungen suchten die An-

Digitized by Google

schauungen über das Verhältnis zwischen Gesetz und Richter klarzustellen. Sie führen zu dem Ergebnis, dass neben der Auslegungstätigkeit des Richters — in der sich nach der herrschenden Ansicht sein Wirken erschöpfen soll — ihm in weitem Umfange selbstschöpferische Rechtsfindung obliegt. Es muss, gegenüber den herrschenden Ideen vom Wesen der Auslegung, scharf betont werden, dass die Auslegung eine rein logische Tätigkeit ist, beschränkt auf das Ziel, den Sinn des Gesetzes aus diesem selber mit zwingender Sicherheit festzustellen, und dass sie genau da ihr Ende findet, wo dieses Ziel nicht mehr erreicht werden kann. Überall, wo der Richter die Normen, welche er braucht, auf dem eben bezeichneten Wege nicht zu eruieren vermag, muss er zur Rechtsfindung greifen, und es tritt an die Stelle der mit Gesetzeskraft begabten und darum auch für zukünftige Fälle massgebenden Auslegungsresultate der richterliche Ergänzungssatz, der für den zur Entscheidung stehenden Rechtsstreit freilich vermöge der Rechtskraft des Urteils legis vice fungitur, für die Zukunft aber unverbindlich und so lange der Abänderung unterworfen bleibt, bis er durch konstante Übung zum Gewohnheitsrecht geworden ist.

Bei dieser weiten Ausdehnung des Rechtsfindungsgebietes ist natürlich für den Richter die Gefahr gross, durch den Gebrauch einer ungeeigneten Rechtsbildungsmethode auf Abwege zu geraten. Das Dogma von der Lückenlosigkeit der Rechtsordnung ist schuld daran, dass man für diese Gefahr bisher keinen Blick hatte, und dass die richterliche Rechtsfindung, die sich unter der Firma der „abändernden" Interpretation oder der Analogie vollzog, in naiver Methoden-

Digitized by Google

losigkeit vor sich ging. Verleitet durch die in dieser Richtung mit gleicher Unüberlegtheit verfahrende herrschende Theorie, kommt die bisherige Rechtsfindung der Praxis auf ein buntes Durcheinander von heterogenen Produkten hinaus; neben solchen Prinzipien, welche durch soziale Erwägungen gefunden sind, stehen in friedlicher Eintracht Erzeugnisse juristischer Konstruktionen, denen nicht bloss die soziale Brauchbarkeit, sondern überhaupt jede reale Grundlage abgeht; neben solchen ganz vorwiegend von sozialem Empfinden beeinflussten Entscheidungen, wie RE. 17 Nr. 24 und RE. 54 Nr. 29 (Haftpflicht der Eisenbahn auch sine culpa für Betriebsgefahr-Schäden; Rücktritt vom Vertrage auch bei positiven Vertragsverletzungen, die den Vertragszweck gefährden), begegnen uns unvermittelt rein konstruktive Entscheide, die sozial unhaltbar sind, wie z. B. die Ausdehnung des Vermieterpfandrechtes auf die unpfändbaren Illaten (REStr. 4 S. 198) und der Ausschluss der Gläubigeranfechtung bei dolos paulianischer Erbschaftsausschlagung (RE. 54 Nr. 77) (cf. S. 421; oben p. 7); — sowie neuestens RE. 58 Nr. 98, wo dem Grundstückskäufer, der eine Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernahm, mittels Folgerungen aus der sog. Verfügungstheorie der Einwand gegen den Gläubiger verstattet wird, das Kaufgeschäft sei simuliert gewesen. Dieser Rechtsspruch ist zwar jetzt durch § 417, Abs. 2, BGB. unmöglich gemacht; er stellt aber den Wert sehr vieler v o r 1900 geschehener Schuldübernahmen in Frage und muss deshalb allgemeiner Beachtung empfohlen werden.

Um so dringender bedarf es der Aufklärung für den Richter, welchen Weg er bei der Rechtsfindung zu gehen hat. Dass die Rechtsfindung durch Konstruktion niemals ein gang-

Digitized by Google

barer Weg sein kann, glaube ich nachgewiesen zu haben. Da die Rechtsordnung eine Ordnung sozialer Verhältnisse ist, kann ihr Inhalt, auch soweit als seine Schöpfung dem Richter zukommt, nur durch soziale Erwägungen gefunden werden. Jeder verständige Gesetzgeber verfährt ausschliesslich nach dieser Methode, da sie allein die soziale Brauchbarkeit der Norm gewährleistet; wie sollte der Richter ihrer entraten können, dort, wo er selbst der Gesetzgeber ist, wenn auch nur für den jeweilig zu seiner Entscheidung stehenden Fall! Genau so wie der Gesetzgeber hat der Richter deshalb in sorgfältiger Forschung die mannigfachen Interessen aufzuspüren, welche an der Regelung der offenen Rechtsfrage beteiligt sind (z. B. an der Normierung der Rechtsfolgen positiver Vertragsverletzungen oder an der Präzisierung des in § 833 BGB. durch die Worte: „welcher das Tier hält" ungenau angegebenen Tatbestandes); nicht nur die typischen Interessen der Privaten, die in Fällen von der zur Entscheidung stehenden Art einander gegenübertreten, wie z. B. die typischen Interessen des Tierhalters und des durch ein Tier Geschädigten — sondern auch alle in Betracht zu ziehenden Interessen der Allgemeinheit in ihren verschiedenen Erscheinungsformen (Staat, Gemeinde, Publikum etc.). Dieser Aufdeckung des beteiligten Interessenkreises haben dann die Abwägung der einzelnen Interessen gegeneinander und die Statuierung des gesuchten Rechtssatzes in Richtung der als vorwiegend schutzwürdig befundenen Interessen zu folgen. Es liegt auf der Hand, dass bei dieser Interessenwägung das Interesse des Staates an möglichst einfacher und konsequenter Fortbildung seiner Rechtsordnung schwer in die Wagschale fallen wird und die



Digitized by Google

Rechtsfindung deshalb oft zu Normen kommen muss, die den bisher durch die sog. Analogie „aufgedeckten" inhaltlich entsprechen. Gerade deshalb ist aber hervorzuheben, dass die richterliche Rechtsfindung keineswegs verpflichtet ist, diesem Interesse überall da, wo es mitspricht, Folge zu geben. Es können sehr wohl andere Interessen auch ihm gegenüber Schutz verdienen — namentlich auch das Interesse des Staates an dem Einsetzen einer gegen veraltete Rechtsanschauungen Front machenden Neubildung. Wäre z. B. die Frage, ob bei positiven Vertragsverletzungen, die den Geschäftszweck gefährden, ein Rücktrittsrecht zu gewähren sei, noch unter der Herrschaft des Gemeinen Rechtes der richterlichen Rechtsfindung zur Regelung unterbreitet worden, so wäre es m. E. ein schwerer Fehler gewesen, jenem Staatsinteresse durch einfache Übertragung der unzulänglichen gemeinrechtlichen Verzugsfolgen auf jenen zur Neuregelung stehenden Tatbestand nachzugeben und damit das für letzteren als Rechtsfolge sozial notwendige Rücktrittsrecht auszuschliessen.

III. Dass der Methode der Interessenwägung Mängel der S. 418 d. Bl. bezeichneten Art anhaften sollten, die sie dennoch für die richterliche Rechtsfindung unverwendbar machen, kann ich nicht zugeben.

Es ist richtig, dass sie zur Zeit manchen unserer Richter zu sozialem Dilettieren verführen wird. Daran ist aber nicht die Methode schuld, sondern die mangelhafte Universitätsbildung unserer Juristen und das Übermass von Arbeit, mit welchem der Richter bei uns zumeist belastet ist. In den Händen vieler Richter würde die Methode der Interessenwägung auch jetzt schon segensreich wirken, und wenn

Digitized by Google

namentlich das Reichsgericht sich ihr rückhaltlos zuwenden wollte, anstatt sein hohes Können und Wissen in den Dienst des abstrakten Konstruierens zu stellen, so würde das zweifelsohne bald die wohltätigsten Folgen zeitigen. An geeigneten Hilfsmitteln fehlt es wirklich nicht. Besonders bilden unsere zahlreichen Gesetzesmaterialien eine sehr ausgiebige Fundgrube sozialer Erkenntnis.

Die Gefahr, dass der Richter politische oder soziale Sonderströmungen zur Geltung zu bringen versucht, ist freilich ebenfalls vorhanden, aber lange nicht in dem Masse wie bei der jetzt üblichen Rechtsfindung durch Konstruktion; denn letztere lässt ja die Unterströmungen, die auf sie einwirken, nicht zutage treten; bei der Interessenwägung dagegen muss der Richter offen Farbe bekennen und wird dadurch zu strenger Selbstkritik erzogen.

Die Übelstände lassen sich also auf ein erträgliches Mass beschränken. Die Hauptgefahr aber, die man darin sieht, dass die Interessenwägung einen öden, prinziplosen Utilitarismus in der Rechtsbildung grossziehen werde, besteht überhaupt nicht. Sie wird dadurch abgewandt, dass das Interesse des Staates an der Einfachheit und inneren Stetigkeit seiner Rechtsordnung in der oben geschilderten Art bei der Rechtsfindung Berücksichtigung findet.

Die vorstehenden Gedanken sind nur teilweise neu; wer sucht, wird bei vielen Gleiches oder Verwandtes schon ausgesprochen finden; ich nenne beispielsweise Ihering, Bähr, Bülow, Rümelin, Meili, Schlossmann und besonders Heck und Ehrlich. Aber das Ohr der Praxis ist bisher taub für solche Äusserungen gewesen, und darum mag es gut sein, an dieser Stelle von neuem damit hervorzutreten.



Digitized by Google

## III.

# Gesetz und Richtermacht.

(Deutsche Juristen-Zeitung von 1905. S. 1017 ff.)

Die Literatur, welche das Verhältnis des Richters zum Gesetz reformieren will, wächst an, und der communis opinio, die uns bisher mit marmorkaltem Herzen zusah, wird es ungemütlich warm, wie Prof. Dr. Landsbergs amüsanter Feurio-Ruf „Das entgegengesetzte Extrem?“ (S. 921 d. Bl.) beweist. Selbst ans Verhandeln denkt man schon. Darum das Eisen beizeiten geschmiedet! Ich möchte zeigen, dass wir — jüngere Kraftnaturen vielleicht ausgenommen — keineswegs die heiligen Hallen der Justitia mit ruchloser Fackel bedrohen; dass wir für den Richter nicht ein Quentchen mehr Macht wollen, als er sich selbst von jeher genommen hat, und ihm den Weg zu dieser Macht viel dorniger gestalten, als den verehrten Gegnern jemals rätlich erschien.

Wir fordern für den Richter die Befugnis zur Ergänzung des Gesetzes in unbeschränktem, zur Abänderung des Gesetzes in beschränktem Masse; beschränkt in dem Sinne, dass sie sich nicht weiter erstreckt, als das Interesse der Allgemeinheit unbedingt erfordert. Diesen Machtbereich hat sich die Praxis bereits seit Menschengedenken erobert. Es ist auch unmöglich, ihn zu beschneiden; denn auch die genialste Gesetzesschöpfung kann auf die Dauer den Bedürfnissen des Lebens nicht Genüge tun, wenn ihr die Praxis nicht in den genannten Richtungen beispringt. Nun hat freilich nicht jede Zeit den nüchternen Verstand des

Digitized by Google

republikanischen Rom, welcher die Unentbehrlichkeit prätorischer Gewalt neben und gegenüber dem Gesetz klar erkannte und deshalb diese Gewalt offen anerkannte. Epochen, in denen das Staatsregiment despotisch gestaltet oder doch so veranlagt ist, pflegen besonders dann, wenn in ihnen die Gesetzesproduktion ergiebig ausfällt, einen gewissen Grössenwahn der Legislative zu erzeugen, der dann die Einengung jener richterlichen Machtsphäre als eine Hauptaufgabe vorschwebt. Aber darum hat sich noch niemals die Sache geändert, sondern nur die Form, in der jene unentbehrliche Macht des Richters sich zur Geltung bringt. Diese Form ist allerdings in neuerer Zeit seltsam genug; seit 100 Jahren versteckt da die Praxis ihr Tun ängstlich vor sich selber. Das ist seit Jhering oft geschildert und, soweit die modernen Vorgänge bei der Gesetzesergänzung in Frage kommen, kürzlich auch in der Deutschen Juristen-Zeitung beleuchtet [1]). Es ist hier [2]) dargelegt worden, wie das Dogma von der Lückenlosigkeit der Rechtsordnung, welches man im Interesse der legislativen Allgewalt auf den Schild erhob, dazu führte, als Inhalt des Gesetzes nicht mehr die verbo tenus festgelegte Einzelnorm, sondern ungeschriebene allgemeine Prinzipien zu proklamieren. Man bedurfte dieser Umwandlung des Gesetzesinhaltes, um den Schein zu retten, dass der Richter auch dann, wenn ihm für einen konkreten Rechtsfall eine gesetzliche Einzelnorm zur Entscheidung in Wahrheit nicht zu Gebote stand, dennoch, vermöge einer aus dem Prinzip abgeleiteten Einzelfolgerung, die Entscheidung nach dem Gesetze treffe. Ganz analog verfuhr man mit der Gesetzesänderung. Auch hier wurde

1) S. 417ff., 1905. 2) S. 713 f., 1905.

Digitized by Google

die Entscheidung für den Einzelfall, die man, entgegen dem Gesetzeswortlaut, zu fällen wünscht, aus einem ungeschriebenen Gesetzesinhalt herausgelesen, für den der Gesetzgeber angeblich nicht den sachgemässen Ausdruck gefunden hat. So arbeitet die sog. extensive und restriktive Interpretation, die, in dem ängstlichen Bestreben, nur ja nicht den Anschein einer offenen Gesetzesänderung zu erwecken, in köstlicher Naivetät lieber unterstellt, dass der normale Gesetzgeber mit seiner Muttersprache auf stetem Kriegsfuss lebt. Aber auch diese barockste Form der richterlichen Machtentfaltung vermag nicht über ihren Inhalt zu täuschen. Wir fordern also nichts Neues.

Man wird aber auch das zweite zugeben müssen, dass wir auf eine starke Beschränkung der richterlichen Machtstellung hinarbeiten. Gewiss, wir haben in das nebelhafte Dunkel, das dem Richter den Einblick in den Inhalt seines Amtes verhüllte, hell hineingeleuchtet; haben gezeigt, dass der Inhalt des Gesetzes mit dem, was sein Wortlaut nach den Regeln der Sprache und Logik bedeutet, zusammenfällt und dass jenseits dieser Grenze unmittelbar das weite Gebiet der richterlichen Rechtsergänzung beginnt; haben auch offen ausgesprochen, dass der Richter in erheblichem Masse zur Änderung der bestehenden Gesetze berufen ist. Aber indem wir so dem Richter die Fülle seiner Macht vors Auge rückten, war es zugleich unser vornehmstes Streben, ihm auch die Wege zu weisen, welche er gehen muss, um durch die Ausübung seiner Macht das Interesse der Allgemeinheit zu fördern. Und darin unterscheiden wir uns, wie ich meine, sehr vorteilhaft von der communis opinio. Denn diese, selbst befangen in dem Dogma von der Lücken-

Digitized by Google

losigkeit der Rechtsordnung und allen seinen Konsequenzen, hat deshalb an die Aufstellung einer sozial brauchbaren Methode der Gesetzesergänzung und Gesetzesänderung niemals denken können; ihr Ziel ist immer nur die Herrschaft der Konstruktionsjurisprudenz in der Rechtsprechung gewesen; und selbst als über der Erreichung dieses Zieles die Volkstümlichkeit unserer Justiz zusammenbrach, stand die communis opinio den Ursachen des Zusammenbruches ohne Verständnis gegenüber und vermochte den richtigen Weg der Abhilfe nicht zu entdecken. Erst wir, die so lange geächteten Revolutionäre, haben diesen Weg aufgefunden und die mühselige Arbeit auf uns genommen, ihn der Praxis von den Schuttmassen freizumachen, die noch immer stellenweise auf ihm lagern. Bisher weiss man uns freilich auch dort wenig Dank. Viele der Herren Praktiker wollen die Promenaden zum Begriffshimmel nicht aufgeben, wo man sich auf blumiger Au' für jede Entscheidung das Konstruktionsbukett so mühelos zusammenpflückt, — mögen die Äpfel vom Baum der sozialen Erkenntnis nicht essen und murren, dass die Wage der Themis wieder für das prosaische Handwerk der Interessenwägung bereit gestellt wird. Aber das soll uns nicht schrecken; wir sind unseres Erfolges sicher und können warten, bis Hass sich in Liebe verkehrt.

Ich will jetzt versuchen, betreffs der Gesetzesänderung eine Verständigung anzubahnen. Ich bemerke einleitend: 1. ich lege der Gesetzesänderung durch den Richter keine grössere Kraft bei als seiner Gesetzesergänzung; sie bindet also nur für den Einzelfall, wird objektives Recht erst, wenn sie sich gewohnheitsrechtlich be-

Digitized by Google

festigt hat (S. 716 d. Bl.); 2. die wichtige Frage, welcher Instanz die Gesetzesänderung zustehen soll — ob jeder oder nur der obersten, muss hier wegen Raummangels ausgeschaltet werden.

Nach meiner Ansicht darf dem Richter die Befugnis zur Gesetzesänderung nur unter besonderen Kautelen gegeben werden. So sehr ich für seine volle Freiheit auf dem Gebiet der Gesetzesergänzung, insbesondere auch bei Unklarheiten des Gesetzesinhalts, plädiere, falls er nur nach den Grundsätzen der Interessenwägung verfährt, — so wenig kann ich mich für die weitgehende Befugnis zur Abänderung eines nach den Gesetzen der Sprache und Logik aus dem Gesetzeswortlaut klar erkennbaren Gesetzesinhalts (cf. oben S. 713 f.) erwärmen, die man bisher dem Richter unter der Firma der restriktiven resp. extensiven Interpretation zugestanden hat. Wo bleibt die Autorität des Gesetzes — mit der doch schliesslich unsere Staatsordnung steht und fällt —, wenn, so wie das bisher Mode ist, jedweder Richter dem klaren Inhalt des Gesetzes entgegen seinen Spruch fällen darf, einzig deshalb, weil ihm aus Motiven, Protokollen, Parlamentsverhandlungen oder Gott weiss woher sonst noch die Erkenntnis kommt, dass der wahre oder der eigentliche Wille „des Gesetzgebers" oder gar nur der Wille, den der besser informierte „Gesetzgeber" gehabt haben würde, im Widerspruch mit dem Gesetzesinhalt steht! Für die Entscheidung, ob in concreto die Befugnis zur Gesetzesänderung vorliege, müssen ganz andere Kriterien massgebend sein als ein Widerspruch mit diesem schemenhaften „Willen des Gesetzgebers". In erster Linie muss feststehen, dass der Gesetzesinhalt wichtige

Digitized by Google

Interessen der Allgemeinheit so schwer verletzt, dass eine Abhilfe unumgänglich not tut. Die Interessenwägung ist also auch hier die notwendige Vorarbeit; die Zeiten, wo man für Ignorierung klaren Gesetzesinhaltes auch dann eintrat, wenn er in das Gebäude einer bestimmten juristischen Konstruktion nicht hineinpasste, dürfen nicht wiederkehren. Steht eine solche Interessenverletzung fest, so ist das Ob der Änderungsbefugnis des weiteren davon abhängig zu machen, ob die Sache der Legislative entzogen werden darf, entweder weil sie für deren Inanspruchnahme zu geringfügig, oder weil die Legislative für ihre Erledigung erheblich minder geeignet ist als die Spruchpraxis. Beispiele mögen dies erläutern.

Art. 319 Abs. 1 des alten HGB. bestimmt:

> „Bei einem unter Abwesenden gestellten Antrage bleibt der Antragende bis zu dem Zeitpunkte gebunden, in welchem er bei ordnungsmässiger rechtzeitiger Absendung der Antwort den Eingang der letzteren erwarten darf."

Danach ist der Offerent nicht verpflichtet, aber berechtigt, ein verspätetes Akzept als gültig zu behandeln. Die Praxis bemerkte bald, dass hierdurch der Oblat unlauteren Spekulationen des Offerenten preisgegeben war, und änderte deshalb das blosse Aufhören der Gebundenheit in das jetzt auch durch BGB. § 146 statuierte Erlöschen der Offerte um[1]). Mit Recht; denn die Änderung war für das Gemeinwohl dringend nötig und doch so unverhältnismässig geringfügig, dass es inopportun

1) Cf. z. B. RE. 26 Nr. 3, I. 1890.

Digitized by Google

erschien, die Gesetzgebung anzurufen; nach Spatzen schiesst man nicht mit Kanonen.

Die gleichen Gründe rechtfertigen die jetzt durch RG. V.[1]) sanktionierte Ausschliessung der Irrtumsanfechtung aus BGB. § 119 Abs. 2 von dem Gebiet der Wandlungsklage (§ 459 BGB.). Auch hier liegt richterliche Gesetzesänderung vor; denn der Gesetzes i n h a l t statuiert, sprachlich wie logisch betrachtet, die Zuständigkeit b e i d e r Rechtsmittel für den Käufer.

Ich wünschte, dass die Judikatur die gleiche Energie auch gegenüber dem unglücklichen § 833 BGB. entfaltete; freilich, der „Wille des Gesetzgebers" steht hier nicht schirmend hinter ihr; aber die Sachlage drängt noch schärfer zur richterlichen Gesetzesänderung hin, weil auch die Feinheit und Schwierigkeit des Problems hier mitsprechen, die eine brauchbare Lösung nur bei sorgfältigem Experimentieren an den höchst verschiedenartigen Einzelfällen in Aussicht stellen, also eine Lösungsmethode verlangen, für welche die Praxis u n g l e i c h g e e i g n e t e r ist als die Legislative.

Aus dem letzteren Grunde würde ich auch in folgendem Falle der richterlichen Gesetzesänderung das Wort reden: Neuere Untersuchungen wollen beweisen, dass für das Gebiet der Vermögensgeschäfte zwei grosse Rechtssatzgruppen des BGB. in Widerspruch zueinander stehen. Die Rechtssätze des Obligationenrechtes statuierten z w e i Arten von Rechtsgeschäften, die G r u n d geschäfte, welche zur E i n l e i t u n g der Vermögensschiebung, und die H i l f s geschäfte, die namentlich zu ihrer Abwickelung resp. Sicherung bestimmt

1) Jur. Wochenschr. 1905 Nr. 16 S. 525—527.

Digitized by Google

sind: beide Geschäftsarten nach Tatbestand und Wirkungen voneinander völlig verschieden. Die Rechtssätze des Allgemeinen Teiles wüssten dagegen von diesem Unterschiede nichts und regelten deshalb die allgemeinen Erfordernisse der Rechtsgeschäfte (Form, Geschäftsfähigkeit, Willensmängel etc.) teilweise so unpraktisch und so im Widerspruch mit den Sätzen des Obligationenrechtes, dass eine weitgehende Änderung unerlässlich sei [1]). Sollte diese Ansicht durchdringen, so würde ich mir eine erspriessliche Änderung des Gesetzes nur von der Praxis versprechen; denn nur sie ist durch fortgesetztes Probieren am Einzelfall befähigt, für den umfangreichen Neubau im Allgemeinen Teil die einzelnen Steine passend zu behauen und zu schichten.

Zum Schluss noch ein Beispiel dafür, wie wenig der „Wille des Gesetzgebers" bedeutet, wenn die realen Verhältnisse seine Nichtbeachtung fordern. Das preuss. Ablösungsgesetz von 1850 wollte in seinem Abschn. III sämtlichen Lassiten Preussens die Regulierung, d. h. das Aufsteigen zum freien Grundeigentum, ermöglichen. Der Abschn. III wurde aber auf Neuvorpommern und Rügen nicht erstreckt, und zwar lediglich deshalb, weil die Regierung in Stralsund berichtet hatte, Lassiten seien dort nicht mehr vorhanden. Die objektive Unrichtigkeit dieses Berichtes zeigte sich bald; und in den eximierten Landesteilen begann jetzt seitens der Grundherrschaften eine frisch-fröhliche Hatz auf die Lassitenhöfe, ganz im Stil der Bauernlegungen des 17. und 18. Jahrhunderts, und so erfolgreich, dass das Regulierungsgesetz von 1892, welches den Armen endlich Hilfe bringen sollte, von über 700 Höfen

1) Einige Beispiele im 46. Jahresbericht der Berliner Jurist. Gesellschaft, S. 75—76.

Digitized by Google

gerade noch d r e i vorfand, die dem allgemeinen Schlachtfest entronnen waren [1]). Trotzdem hier ein Normalfall von Diskrepanz zwischen dem Gesetzgeberwillen und dem Gesetzeswortlaut vorlag, hat die Judikatur sich wohlweislich gehütet, in jene Tragikomödie gesetzändernd einzugreifen, weil die politischen Folgen eines solchen Eingriffes nicht zu übersehen und möglicherweise gemeinschädlich waren.

Von vorstehenden Grundsätzen erwarte ich freilich nur in der Hand eines gründlich gebildeten und nicht überlasteten Richterstandes segensreiche Wirkungen. Auch das gute Gewehr trifft schlecht, wenn der Soldat nicht schiessen lernte oder keine Zeit zum Zielen hat.

1) Näheres in der Festgabe der Greifswalder Juristenfakultät für E. J. Bekker, S. 29ff.

Digitized by Google

## IV.

# Die Fehlgriffe unserer Zivilrechtsjudikatur und ihre Ursache.

(Juristische Rundschau des „Tag" vom 28. März 1906.)

Trotz der Loblieder, die unserer Rechtsprechung in Zivilsachen von Fachkreisen gesungen werden, steht ihr die Laienwelt voll Misstrauen gegenüber; man hat zu oft am eigenen Leibe erfahren, dass Entscheidungen unserer Gerichte gegen das natürliche Rechtsgefühl verstossen. Dies Misstrauen frisst sich um so tiefer ein, weil bei der Eigenartigkeit der Ursache, welche die abwegigen Rechtssprüche erzeugt, das Volk nicht fähig ist, diese Ursache klar zu erkennen, und deshalb nicht zielbewusst auf Abhilfe zu dringen vermag. Es wird daher zweckdienlich sein, wenn ich als Fachmann, der dieser Frage lange nachgegangen ist, die Ursache der Fehlsprüche gemeinverständlich darlege.

I. Jede Rechtsordnung weist zahlreiche Lücken auf. Auch eine prompt und exakt arbeitende Gesetzgebung ist nie imstande, die Rechtssätze, welche zur Entscheidung der vielen täglich neu auftauchenden Rechtsfragen erforderlich sind, sämtlich bereitzustellen. Der Richter darf aber wegen Fehlens einschlägiger Normen die Entscheidung der an ihn gebrachten Sache nicht verweigern; somit erheischt sein Amt von ihm, ausser der Anwendung der bestehenden Rechtssätze, noch eine zweite Tätigkeit: die Ausfüllung der Rechtslücken

Digitized by Google

durch Rechtschöpfung für den Einzelfall, durch Aufstellung von „Gerichtssätzen".

Die Entgleisungen unserer Gerichte ereignen sich nun fast ausschliesslich auf dem Felde dieser rechtschöpfenden Tätigkeit; und ihre Ursache liegt in der Anwendung verkehrter Rechtschöpfungsmethoden.

Brauchbare Rechtschöpfung ist nicht möglich ohne Verständnis für den sozialen Charakter der Rechtsordnung, für ihre Aufgabe, die Interessenkämpfe der menschlichen Gesellschaft so zu schlichten, wie das Gemeinwohl es fordert. Wer dies Verständnis besitzt, wird von selbst auf den Weg geführt, der für die Rechtschöpfung des Richters ebenso wie für die des Gesetzgebers der einzig gangbare, zum richtigen Ziele führende ist: auf die Findung der gesuchten Norm durch sorgfältigste Abwägung aller in Betracht kommenden Interessen [1]).

II. Aber die deutschen Gerichte gehen diesen Weg grundsätzlich nicht, sondern folgen noch immer beharrlich den Bahnen, welche die sogenannte Begriffsjurisprudenz im 19. Jahrhundert vorgezeichnet hat.

Die Begriffsjurisprudenz — als ihre Führer seien Savigny und Windscheid genannt — stellt dem Richter für die Gewinnung von Normen, die nicht unmittelbar im Gesetz ausgesprochen sind, zwei Mittel zu Gebote: die Normendeduktion und die Tatbestandsfiktion [2]).

---

1) Näheres in meinem Artikel „Rechtfindung durch Interessenwägung". Deutsche Juristenzeitung vom 1. August 1905.

2) Zusammenfassend habe ich sie „Rechtfindung durch Konstruktion" genannt.

Digitized by Google

1. Das Verfahren der Normendeduktion erfand sie auf Grund der eigenartigen Anschauung, die sie sich über das Wesen der Rechtsordnung gebildet hatte. Diese Anschauung — die unter dem Einfluss Hegelscher Gedankenschulung und nur auf dem Boden des an festen Rechtssätzen armen gemeinen Rechtes erwachsen konnte — sieht in der Rechtsordnung nicht eine Summe authentisch fixierter Spezialnormen, die nach Tatbestand und Wirkung genau und möglichst eng begrenzt sind, sondern ganz im Gegenteil einen Aufbau wissenschaftlich gefundener allgemeiner Prinzipien, die weit genug gefasst sind, um aus ihnen alle Spezialnormen, deren man je für Einzelfälle benötigen wird, durch einfache logische Deduktion ableiten zu können. Infolgedessen erkennt die Begriffsjurisprudenz die Möglichkeit von Lücken in der Rechtsordnung überhaupt nicht an und verlangt von dem Richter, dass er die ungeschriebenen Normen, die er braucht, ausschliesslich aus jenen von der Wissenschaft gefundenen Prinzipien deduziere.

Die Normendeduktion ist selbst dann ein bedenkliches Verfahren, wenn die Prinzipien, aus denen deduziert wird, nach sorgfältigster Interessenwägung aufgestellt sind; auch dann muss nämlich die Zahl der ungerechten Einzelentscheide gross werden; denn auch der umsichtigste Sozialpolitiker vermag nicht im voraus die Unmenge von Interessen und Interessenkollisionen zu überschauen, die in den unzählbaren Einzelfällen zutage treten können, deren Entscheidung aus dem Prinzip deduziert werden soll.

Unter den Händen der Begriffsjurisprudenz musste die Normendeduktion aber zu einer allgemeinen Kalamität für die Rechtsprechung werden.

Digitized by Google

Denn jene — das echte Kind des politisch unreifen, in unkritischer Verehrung des Ausländischen und weltfernem Doktrinarismus befangenen Deutschtums vor 1870 — hatte für die sozialen Aufgaben der Rechtsordnung kein Verständnis und dachte deshalb gar nicht daran, die allgemeinen Prinzipien aus der Würdigung der Interessenlage zu gewinnen. Ihre Prinzipienquelle war in erster Linie der Mund irgend eines römischen Juristen; dass dieser vor anderthalb Jahrtausenden, für eine längst versunkene Kulturwelt gesprochen hatte, focht nicht an. Auch war man in der Ausbeutung solcher dicta nicht zaghaft.

So hat eine Gelegenheitsäusserung Ulpians zu einem einzigen Spezialfalle (in l. 15 § 1. D. 4. 3: Quid enim municipes dolo facere possunt?) hingereicht, um das Prinzip der Deliktsunfähigkeit sämtlicher juristischer Personen zu erzeugen, aus dem dann die Entlastung aller dieser Vermögen von jeglicher Haftung für Schadenstiftungen ihrer Verwaltungsorgane gefolgert wurde!

Es ist auch für den Laien lehrreich, Savignys Gedankengänge über diese Frage in seinem System des heutigen römischen Rechts II, §§ 94, 95 zu verfolgen.

Wo die römische Quelle versagte, setzte man zur Erlangung der nötigen Prinzipien kurzerhand die eigene, von Hegelscher Spekulation inspirierte Schöpfertätigkeit ein. Die Phantasiegebilde, welche durch diese entstanden, erreichten vielfach den Gipfelpunkt der Abenteuerlichkeit. Auch hierfür eine Stichprobe: Das Prinzip der Vertragsfreiheit, das in rationeller Beschränkung den Parteien die gewöhnlichen Verkehrsgeschäfte (Kauf, Miete, Darlehen usw.) zu beliebigem Gebrauch freistellt, wurde von manchen unentwegt auch für

Digitized by Google

die sogenannten abstrakten Schuldverträge statuiert, welche streng einseitige, für den Unerfahrenen und Geschäftsungewandten überaus gefährliche Verpflichtungen erzeugen; auch diese sollten im Verkehr in jeder beliebigen Art von jedermann eingegangen werden können; ein Dorado für Gauner und Wucherer.

Von diesen Methoden der Prinzipiengewinnung hat die Begriffsjurisprudenz sich auch durch das allgemeine Erstarken des sozialen Empfindens, das im letzten Viertel des 19. Jahrhunderts eintrat, nicht abbringen lassen; nur die gröbsten Auswüchse sind stillschweigend beseitigt worden; und an die Stelle der Corpus-juris-Aussprüche sind, seit dem Erwachsen der neuen Reichsgesetzgebung, als reichhaltige und beiläufig auch bequemere Prinzipienfundgrube die Vorarbeiten der Gesetzgebung, die sogenannten Gesetzesmaterialien, getreten. Man rekurriert also jetzt in erster Linie nicht mehr auf Paulus und Ulpian, sondern auf die dem Willen des modernen „Gesetzgebers" entsprechenden Prinzipien und erforscht diese aus Motiven, Protokollen, Parlamentsverhandlungen usw. Und man stösst sich nicht daran, dass dieser „Gesetzgeber" im modernen Staat ein sehr kompliziertes Etwas ist; dass die Quellen, aus denen man „seinen" Willen entnimmt, daher regelmässig nur den Willen eines der mehreren gesetzgebenden Faktoren enthalten; dass sie auch diesen nicht authentisch verbürgt überliefern; und dass endlich ein Gesetzgeberwille, der nicht im Gesetz selbst ausgesprochen ist, auf unbedingte Beachtung durch den Richter verfassungsmässig keinen Anspruch hat. Da nun dieser Gesetzgeberwille auch in unserer neuen Gesetzgebung und ganz besonders im BGB. zumeist überzeugte Begriffsjuristen zu Urhebern hat, so kann man



Digitized by Google

ermessen, dass die neue Quelle der Prinzipien-Rechtsordnung an sozial brauchbaren Elementen wenig Zuwachs gebracht hat.

2. Die Tatbestandsfiktion unterscheidet sich von der Normendeduktion dadurch, dass sie eine ganz andersartige Tätigkeit des Richters verlangt. Dort hatte er das Prinzip zu eruieren, aus welchem sich deducendo die dem zur Entscheidung stehenden Tatbestand zukommende Rechtswirkung ergab; also eine rein diagnostische Tätigkeit zu entfalten, den Tatbestand selbst aber so, wie er wirklich passiert war, hinzunehmen. Hier besteht seine Aufgabe gerade darin, den Tatbestand durch Fiktionen so umzuformen, dass dadurch auf ihn die Anwendung von Rechtswirkungen möglich wird, die für einen dem umgeformten entsprechenden Tatbestand anerkannt sind. Ein Beispiel: Man wollte das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters auch auf die bei Zwangsvollstreckungen unpfändbaren Sachen des Mieters ausdehnen (ein sozial sehr bedenkliches Unterfangen!); man erreichte dies, indem man einen Pfandvertrag über diese Sachen fingierte und nun die Konsequenzen des in Geltung stehenden Rechtssatzes zog, dass unpfändbare Sachen vertragsmässig wirksam verpfändet werden können. Man sieht, auch dies Verfahren ist ganz abwegig; es verstösst gegen den Grundsatz unseres Zivilprozesses, dass der Richter sein Urteil ausschliesslich auf Grund des bewiesenermassen passierten Tatbestandes zu sprechen hat, und ist besonders dazu angetan, im Volke Misstrauen und Erbitterung zu erregen. Trotzdem hat man es auf den Schild erhoben, weil — die Römer mit solchen Fiktionen operiert haben. Dass sie das nur in den ungelenken Anfängen der prätorischen Rechtsentwicklung taten und später

Digitized by Google

zu tauglicheren Methoden der Rechtsbildung übergingen, machte ihre modernen Verehrer nicht irre. Auch die naheliegende Erwägung, dass die Normendeduktion die Tatbestandsfiktion überflüssig macht, kam ihnen nicht. Noch kürzlich ist das Fiktionsverfahren wieder von einem Mitgliede des Reichsgerichts der Beachtung empfohlen worden [1]).

III. Normendeduktion und Tatbestandsfiktion sind bis zum heutigen Tage die Mittel, durch welche unsere Gerichte fast ausschliesslich das ungeschriebene Recht gewinnen. Was da, selbst nach 1900, noch möglich ist, sollen zwei Beispiele dartun.

1. Zunächst die (noch für Gemeines Recht ergangene) Reichsgerichtsentscheidung vom 6. April 1904, abgedruckt RE. 58, Nr. 98. Sie bringt es fertig, dem Grundstückskäufer, der eine auf dem Grundstück eingetragene Schuld des Verkäufers in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen hat, gegenüber dem die Schuld einklagenden Gläubiger den Einwand zu gestatten, das Kaufgeschäft sei simuliert gewesen. Also exceptio doli proprii! Gründe: Mit dem wegen Simulation nichtigen Kaufgeschäft falle auch die zwischen den Kaufparteien verabredete Schuldübernahme, als bloss akzessorische Vertragsbestimmung, in sich zusammen; folglich sei es auch gleichgültig, dass der Gläubiger diese Schuldübernahme auf Anzeige der Parteien hin genehmigt habe; solche Genehmigung vermöge nicht einen nichtigen Vertrag gültig zu machen. Man sieht, wie prompt die Mausefalle der Normendeduktion hier zuschnappt. Für die (nach Gemeinem Recht offene) Frage, ob bei der Schuldübernahme dem Gläubiger

1) „Deutsche Juristen-Zeitung" vom 1. Februar 1906, S. 167.



Digitized by Google

Einwände aus dem Rechtsverhältnis entgegenstehen, das zwischen Schuldner und Übernehmer bestand, musste eine von sozialem Empfinden getragene Rechtsergänzung zu dem (inzwischen auch vom § 417 Abs. 2 BGB. akzeptierten) Resultat kommen, dass sie zu verneinen sei, weil sonst das dem Verkehr unentbehrliche Institut der Schuldübernahme praktisch unbrauchbar wird. Weshalb bejaht das Reichsgericht sie trotz alledem? Lediglich dem Phantasieprinzip zuliebe, dass Genehmigung eines Dritten einen nichtigen Vertrag nie heilen könne!

2. Als zweiter Beleg diene die RGE. vom 27. Oktober 1902, abgedruckt im RE. 52, Nr. 95. Ein Darlehensucher beauftragte einen Rechtsanwalt, der künftigen Geldgeberin, einer Sparkasse, Auskunft über die Höhe der Vorhypotheken zu erteilen, die bereits auf dem für das Darlehen zu verpfändenden Grundstück eingetragen waren. Der Rechtsanwalt erteilte diese Auskunft fahrlässigerweise unrichtig, in einem an die Sparkasse gerichteten Brief, der auf den ihm gewordenen Auftrag ausdrücklich Bezug nahm. Die Sparkasse kam durch die falsche Auskunft in Schaden. Dem Reichsgericht erschien es angemessen, dass der Rechtsanwalt die Sparkasse entschädige. Nun ist aber nach dem in concreto zuständigen BGB. für eine Schadenstiftung dieser Art nur der verantwortlich zu machen, der zu dem Geschädigten in dem Verhältnis einer Kontraktspartei steht. Das Reichsgericht hat deshalb kurzerhand ein solches Vertragsverhältnis zwischen der Sparkasse und dem Rechtsanwalt fingiert; es sei durch den erwähnten Auskunftsbrief zustande gekommen. Es wird also der wirklich passierte Tatbestand: „briefliche Mitteilung einer gemachten Wahrnehmung" fingendo ersetzt durch den nicht

Digitized by Google

passierten „Abschluss eines Auskunftsvertrages", um die vertragsmässige Haftung zu begründen!

IV. Man sieht ein, wenn die Rechtsergänzung mit solchen Mitteln betrieben wird, ist niemand seines Rechtes sicher. Wer das Unglück hat, in die Hände eines Deduktions- oder Fiktionsfanatikers zu fallen, für den ist der Ausgang eines Prozesses das reine Lotteriespiel.

Digitized by Google

V.

## Der Dilettantismus in unserer juristischen Begriffsbildung.

1.

Die Rechtswissenschaft hat, soweit ihre Beschäftigung mit den abstrakten Normen an sich, und nicht deren Anwendung auf den konkreten Rechtsfall in Betracht kommt, zwei Arbeitsgebiete: Begriffsbildung und Rechtsfindung.

Die Begriffsbildung ist ihre eigenste Domäne; durch diese führt sie uns zur Erkenntnis des Rechtes, das jetzt da ist und früher da war.

Bei der Rechtsfindung ist die Jurisprudenz dagegen nur Beistand der Rechtsfindungsorgane; sie zeigt ihnen die Wege, auf denen man zu tauglichem neuen Rechte gelangt.

Nach vielhundertjähriger Indolenz hat nun in der Rechtsfindung seit einem Menschenalter eine immer stärker anschwellende Bewegung eingesetzt, welche den beiden Grundfragen: Wer darf uns Recht setzen? und: Wie findet man den Inhalt neuen Rechtes? mit wissenschaftlichem Ernst nachgeht.

Aber für die Begriffsbildung ist deren Grundfrage: Wie müssen die juristischen Begriffe geformt und gegliedert werden? bisher nur ganz vereinzelt aufgeworfen worden. Im grossen und ganzen ist das Feld der Begriffsbildung noch heute der Tummelplatz eines naiven Dilettantismus. Das von Ihering gefundene Grundgesetz der Kongruenz (sc. des Begriffes mit den Rechtssätzen, deren Inhalt er zusammen-

Digitized by Google

fassend ausdrücken will) wird theoretisch anerkannt, aber praktisch wenig beachtet. Und kaum bekannt ist bisher, dass es auch ein Grundgesetz der Plastik gibt, welches fordert, dass die Gestaltung des Einzelbegriffes und der Aufbau des Systems nicht nur logisch korrekt — wie es das Gesetz der Kongruenz will —, sondern auch nach wirklich anschaulichen und lehrreichen Gesichtspunkten erfolge.

Die Beobachtung des Gesetzes der Kongruenz ist für den, der sich auf die Aufgabe aller Begriffsbildung besinnt, die Fülle der Lebenserscheinungen in Einheit zu erfassen und sie dadurch dem menschlichen Verstehen und Gedächtnis zuzueignen — selbstverständliches Postulat. Aber die Befolgung des Gesetzes der Plastik ist ebenso notwendig; wir werden sehen, dass seine Missachtung nicht nur die Zwecke der Begriffsbildung vereitelt, sondern auch auf die Rechtsfindung verhängnisvolle Rückwirkungen äussert.

Den Vorwurf des Dilettantismus, den ich gegen die herrschende Art der Begriffsbildung erhebe, will ich nun zunächst zu erweisen suchen, und dazu speziell das Gebiet des Privatrechts, der althergebrachten sedes materiae, verwerten.

I. Wenn mir das Wesen einer Maschine erklärt werden soll, gelangt man damit, dass sie mir im Stillstande gezeigt wird, nicht weit, — auch wenn Material und Gestalt, Zahl und Zusammensetzung der einzelnen Teile noch so genau beschrieben werden. Erst wenn ich den Zweck erfahre, dem die Maschine zu dienen bestimmt ist, und beobachten kann, wie sie funktioniert, wie also alle ihre Teile zur Erreichung des Zieles zusammenarbeiten, gewinne ich klare Vorstellungen.

Die Rechtsordnung ist einer Maschine vergleichbar. Sie

Digitized by Google

hat die Aufgabe, dem zur Befriedigung der menschlichen Bedürfnisse notwendigen Zusammenwirken der Menschen den stetig geordneten Gang zu sichern; und sie erfüllt diese Aufgabe als ein unausgesetzt arbeitender, fein komplizierter, aus den mannigfachsten, zur Ordnung des sozialen Lebens dienenden Einrichtungen zusammengesetzter Mechanismus.

Man sollte also annehmen, die Rechtswissenschaft, die sich das Ziel steckt, das Wesen dieses Mechanismus den Lernbegierigen zu erklären, würde in erster Linie darauf ausgehen, den Zweck und das Funktionieren desselben zu schildern und den Gesamtaufbau solcher Schilderung — das System der Lehre — in Rücksicht auf diese beiden wichtigsten Momente zu formen.

Aber für das Gebiet des Privatrechts geht man mit solcher Annahme fehl. Die herrschende Methode kümmert sich hier weder in der Einzeldarstellung noch in der systematischen Anordnung sonderlich um den Zweck der Privatrechtsordnung und die Art, wie zu seiner Erreichung das Räderwerk der mannigfachen Rechtsinstitute ineinandergreifend zusammenhängende Arbeit leistet. Seit langer Zeit an eine formal-logische Behandlungsweise des Rechtsstoffes gewöhnt, ohne offenes Auge für die soziale Natur der Rechtsordnung und aller ihrer Einzelerscheinungen, begnügt die in unserer Wissenschaft herrschende Richtung sich — um im Bilde zu bleiben — damit, die Maschine im Stillstande zu zeigen und eine eingehende Schilderung der Beschaffenheit ihrer einzelnen Teile zu geben. Beispiele mögen das belegen.

II. Die herrschende Rechtsgeschäftslehre geht von einem obersten einheitlichen Begriffe des Rechtsgeschäftes aus: Rechtsgeschäft ist ihr die auf Änderung rechtlicher Zu-

Digitized by Google

stände gerichtete erlaubte Privatwillenserklärung. Dieser höchst vage und deshalb wenig anschaulich wirkende Begriff, — in den z. B. Offerte und Kauf, Kündigung und Auslobung, Okkupation und Novation gleichmässig sich einfügen, — krönt nun nicht etwa einen klar nach den verschiedenartigen Funktionen der einzelnen Rechtsgeschäftsarten gegliederten Unterbau. Die Bautätigkeit, die man nach unten hin entfaltete — der juristische Systematiker herrschender Richtung baut bekanntlich das Dach zuerst und das Fundament zuletzt —, hat vielmehr eine seltsam verschrobene Fassade zustande gebracht. Durch vier Hauptpilaster wollte man sie gliedern und stellte zu diesem Zweck einträchtig nebeneinander: die Einteilungen in einseitige und zweiseitige, in kausale und abstrakte Geschäfte, in negotia lucrativa und onerosa, in negotia inter vivos und mortis causa. Der Student, der die gangbaren Lehrbücher nachliest, muss annehmen, alle vier umfassten gleichmässig alle Rechtsgeschäfte, unterschieden sich nur nach den Einteilungsgesichtspunkten.

In Wirklichkeit ist aber nur die zuerst genannte Gliederung so umfassend, die übrigen drei beziehen sich nur auf eine Gruppe der Rechtsgeschäfte, nämlich auf die eine Bewegung sozialer Werte von einem Interessenkreise zum andern vermittelnden Geschäfte, — nicht auch auf solche, welche die Zuweisung herrenloser Werte bezwecken, wie die Okkupation, oder die Ausscheidung unnütz gewordener Werte, wie die Dereliktion. Und auch innerhalb jener einen Gruppe beziehen sich die drei Gliederungen jede nur auf eine Untergruppe: negotia lucrativa oder onerosa, ebenso inter vivos oder mortis causa können nur die Einleitungsakte der Wertbewegungen, die sog. Grundgeschäfte, sein (Schenkung,

Digitized by Google

Kauf, Gesellschaft etc.), nicht auch alle die zu den sog. Hilfsgeschäften zählenden Abwickelungs, Sicherungs-, Veränderungs- oder Auflösungsgeschäfte, welche nur dem Fortgang der durch das Grundgeschäft eingeleiteten Wertbewegung dienen; und abstrakt oder kausal, d. h. in ihrer vorläufigen Wirksamkeit von dem Bestande eines einleitenden Grundgeschäftes unabhängig oder abhängig, sind wiederum nur die vielen Hilfsgeschäften immanenten Leistungsakte (Hauptbeispiel: die Eigentumsübertragung), niemals ein Hilfsgeschäft, also etwa die Zahlung oder die Verpfändung, als Ganzes genommen, und noch weniger natürlich die Grundgeschäfte selber. Man sieht also, die vier intendierten Hauptpfeiler sind nicht nur in der Breite sehr verschieden, sondern es reicht auch nur einer von ihnen wirklich bis zu dem krönenden Giebel hinauf, die anderen sind zu kurz geraten.

Und diese eine Gliederung in einseitige und zweiseitige Geschäfte, die allein als eine sämtliche Rechtsgeschäfte umfassende übrig bleibt, steht dem Gedanken einer Scheidung nach Zweck und Funktion völlig fern. Zum Einteilungsgesichtspunkt nimmt sie das — für eine dem Lernenden an erster Stelle vorzuführende Haupteinteilung, didaktisch angesehen, ganz untaugliche — Moment der Tatbestandsstruktur; verfährt also in der Art, als ob etwa die Volkswirtschaftslehre bei den Gütern, die Pharmakologie bei den Arzneimitteln eine Hauptgliederung nur nach der Produktions- resp. Herstellungsweise vornehmen würden. In jeder der beiden Teilungsgruppen finden sich nun Rechtsinstitute zusammen, die so wenig miteinander gemein haben wie das Kokain mit dem Kakadu, Testament, Anfechtung, Dereliktion auf der einen, — Schenkung, Anerkenntnis, Erbteilung

Digitized by Google

auf der andern Seite; der Student begreift natürlich nicht, weswegen gerade dieses seltsame Ragout ihm als erstes Hauptgericht vorgesetzt wird; sein Auffassungsvermögen ist auf solche Dinge nicht zugeschnitten, und der Enderfolg: das Interesse am Rechtsstudium erlahmt.

III. Wer das Wesen der Rechtsgeschäfte didaktisch richtig erklären will, muss davon ausgehen, dass es Aufgabe der Privatrechtsordnung ist, die sozialen Werte (Sachen, Geistesprodukte, menschliches Handeln) in einer für das Zusammenwirken der Menschen zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse geeigneten Weise — den einzelnen Interessenkreisen (physischen, juristischen Personen) — an- und auch abzugliedern. Zu den für diese Aufgabe bereitgestellten Mitteln gehören die Rechtsgeschäfte. Das Knüpfen und Lösen der Beziehungen zwischen den Werten und den Interessenkreisen vollzieht sich nun entweder durch Zuweisung neu produzierter oder herrenloser Werte oder durch Ausscheidung von Werten, die unnütz oder gemeinschädlich geworden sind, wie etwa totes Land oder verseuchte Tiere oder sonstwie im öffentlichen Interesse der dauernden Sondernutzung entzogen werden müssen, wie z. B. die meisten Geistesprodukte, — oder aber durch Bewegung der Werte von einem Interessenkreise zum andern, die bekanntlich aus den mannigfachsten Gründen unendlich häufig eintritt.

Im Hinblick hierauf ergibt sich als erste dem Lernenden vorzuführende Hauptgliederung der Rechtsgeschäfte die Einteilung in Wertzuweisungsgeschäfte, Wertausscheidungsgeschäfte und Wertbewegungsgeschäfte. Bei den rechtsgeschäftlichen Wertbewegungen zeigt sich dann, dass dieser meist komplizierte Vorgang durch ein einziges Rechts-

Digitized by Google

geschäft nicht zu Ende geführt werden kann, dass vielmehr viele Arten von Rechtsgeschäften an ihm mitarbeiten müssen; und so folgt hier die oben berührte didaktisch unentbehrliche Scheidung in Grundgeschäfte (Kausalgeschäfte), welche die Wertbewegung einleiten und ihren definitiven Bestand garantieren, und Hilfsgeschäfte mannigfachster Art, die es alle lediglich mit der Fortführung der anderweit eingeleiteten Wertbewegung zu tun haben.

Es würde an diesem Orte viel zu weit führen, den nach dem Funktionsgesichtspunkt nötigen Gliederungen der Hilfsgeschäfte in extenso nachzugehen. Um eine Vorstellung von der Mannigfaltigkeit, welche sich hier bei korrekter Begriffsbildung entwickelt, zu erwecken, genügt ein Hinweis auf die Erfüllungsgeschäfte. Sie zerfallen funktionell in drei Gruppen. Solutio, in solutum datio, depositio haben es mit der Abwickelung einer einzigen Wertbewegung zu tun. Diesen einfachen stehen k o m b i n i e r t e Erfüllungsgeschäfte gegenüber, in zwei Abarten: die Zahlung eines Dritten für den Schuldner, und die Leistung an einen Dritten auf Rechnung des Gläubigers bezwecken die gleichzeitige Abwickelung von zwei Wertbewegungen durch eine Leistung; sie haben in der Leistung auf Anweisungsverfahren eine sehr vervollkommnete Schwester, welche die Ausdehnung der Abwickelung durch eine Leistung auf beliebig viele Wertbewegungen gestattet. Die Kompensation endlich besorgt die gleichzeitige Abwickelung zweier Wertbewegungen ohne jede Effektivleistung; und die Skontration ermöglicht diese Abwickelungsmethode für eine beliebige Vielheit von Wertbewegungen. Die richtige Ausbildung des Anweisungs- und des Skontrationsverfahrens steht bekanntlich heute im Brenn-

Digitized by Google

punkt des allgemeinen Interesses, weil sie wirtschaftlich von der allergrössten Bedeutung sind; aber weder ihrer noch überhaupt der Geschäftsgruppen, zu denen sie gehören, gedenken die Lehrbücher in systematisch brauchbarer Weise.

Erst wenn der Student die funktionellen Einteilungen begriffen hat, darf man ihm mit den anderen kommen, die nicht auf die Funktion, sondern nur auf den Bau der Rechtsgeschäfte Bezug nehmen. Denn erst nun kann er den Sinn der Verschiedenartigkeit des Baues begreifen. Jetzt wird ihm ohne weiteres klar, dass Wertzuweisungs- und Wertausscheidungsgeschäfte einseitig sind, weil ein Geschäftsgegner entweder fehlt oder doch, wie z. B. bei den Willensakten, durch welche fremde Rechte (etwa das Recht eines nicht eingetragenen Lehnsanwärters) vernichtet werden, von der Rechtsordnung nicht des Gehörtwerdens schutzwürdig erachtet wird; dass umgekehrt die Grundgeschäfte der Wertbewegungen alle Vertragsnatur aufweisen (auch das Testament; wozu sonst die Möglichkeit der Erbschaftsausschlagung!) weil die Rechtsordnung die Einleitung rechtsgeschäftlicher Wertbewegungen niemandem aufzuzwingen Grund hat; während wiederum die Hülfsgeschäfte vielfach einseitig sind, da die Fortführung der einmal eingeleiteten Wertbewegung in vielen Richtungen unmöglich allein auf den guten Willen der Parteien abgestellt werden darf.

**2.**

I. Ein zweites Beispiel dilettantischer Konstruktion entnehme ich der Lehre von den Rechten. Auch hier kennt man keine Einteilung nach der Funktion. Von den gangbaren beiden Hauptgliederungen betont die in dingliche und ob-

Digitized by Google

ligatorische Rechte allein die Art des Objekts (Sachen-Personen); die andere, in absolute und relative Rechte, ausschliesslich die Art des Schutzes (Schutz gegen jedermann — Schutz nur bestimmten Einzelnen gegenüber). Nur nebenbei sei auf ihre Unvollständigkeit hingewiesen; die erstgenannte verschweigt die Rechte an Geistesprodukten, — die zweite die zahlreichen Rechtsarten, für welche gar kein Schutz statuiert ist, weil sie (wie z. B. Kündigungs-, Aufrechnungs-, Anfechtungsrechte) in ihrer Ausübung unverletzbar sind. Aber der didaktische Hauptverstoss liegt darin, dass auch für diese Hauptgliederungen nur Gesichtspunkte sekundärer Natur verwandt werden. Wer von den Zwecken und Funktionen der Rechte nichts erfahren hat, und nun in jeder Gruppe dieser Einteilungen die funktionell verschiedenartigsten Gebilde bei einander sieht — hier etwa neben dem Eigentum und den Reallasten das Pfandrecht und das dingliche Vorkaufsrecht, dort mit dem Recht des Mieters an der Mietsache und dem Recht des Käufers auf die Ware zusammen das Recht aus der Bürgschaft und die Rechte auf Wandelung oder Minderung — — für dessen Verständnis bleibt dieses System der Privatrechte genau so ein Buch mit sieben Siegeln, wie das herrschende System der Rechtsgeschäfte.

II. Auch hier gibt es keine bessere Abhülfe, als Einteilungen nach der Funktion in die erste Linie vorzuschieben.

Dem in dieser Richtung den geeigneten Gesichtspunkt für eine Hauptgliederung Suchenden ergibt sich, dass sämtliche Rechte entweder bei der Knüpfung resp. Lösung der Beziehungen zwischen Werten und Interessenkreisen in Funktion treten (Gruppe I, ich nenne sie kurz: „Aktions-

Digitized by Google

rechte"), — oder Art und Mass der Nutzung regeln die einem Interessenkreis über den ihm durch eine „Aktion" erworbenen Wert zukommt (Gruppe II: „Nutzungsrechte"); — oder endlich dem Schutze, hauptsächlich von Aktions- und Nutzungsrechten, dienen (Gruppe III: Schutzrechte).

1. Die Aktionsrechte scheiden sich in Wertzuweisungs-, Wertausscheidungs- und Wertbewegungsrechte. Als Beispiel nenne ich für die erste Klasse das Okkupationsrecht des Bergwerkseigentümers, des Jagd- oder Fischereiberechtigten, für die zweite das Recht des in Notwehr oder Notstand Befindlichen, fremde Werte zu vernichten oder zu beschädigen, das Recht des durch Nachdruck Verletzten auf Vernichtung der Nachdruckswerkzeuge und Exemplare.

Sehr zahlreich und in ihren Aufgaben unter sich wieder sehr verschieden sind die bei der Wertbewegung funktionierenden Rechte. Es gibt zunächst Rechte, die der Einleitung von Wertbewegungen dienen sollen (dahin gehören alle Rechte aus Vorverträgen und Offerten inter vivos, aus testamentarischen und erbvertraglichen Berufungen (cf. unten p. 54 f.), ferner z. B. gewisse Expropriationsrechte). —

Rechte mannigfachster Art sollen ferner den Fortgang und auch anderweite Schicksale der Wertbewegung ermöglichen. Die einen wirken auf normale Abwickelung hin (z. B. das Recht des Käufers auf Lieferung, des Verkäufers auf Abnahme der Ware, das Recht des Miterben auf Erbteilung; die Befugnis des Ehemanns zur Inbesitznahme des eingebrachten Gutes; das gemeinrechtliche Aneignungsrecht des Vindikationscessionars an der in seinen Besitz gelangten Sache) oder ermöglichen eine besondere Art derselben (wie die Rechte zu Aufrechnung, Hinterlegung, Selbsthülfeverkauf;

Digitized by Google

auch alle Rechte auf Schadensersatz wegen Verletzung der Schuldnerpflichten); — andere (Pfandrechte, Sicherungseigentum, Bürgschaftsrechte etc.) sollen die Abwickelung sichern; — wieder andere gestatten nachträgliche Veränderungen in den Subjekten oder im Inhalt der Wertbewegung (z. B. Vorkaufsrechte; Rechte auf Cession (BGB. § 281); — Recht auf Minderung des Kaufpreises; auf Herabsetzung der Konventionalstrafe; auf Herbeiführung beschränkter Erbenhaftung). Weitere Rechte fungieren bei der Beendigung einer auf Zeit berechneten Wertbewegung (z. B. die Kündigungsrechte bei Miete, Pacht, Darlehn, Gesellschaft); und eine letzte zahlreiche Gruppe befasst sich mit der Rückgängigmachung von Wertbewegungen (actio redhibitoria, Rücktrittsrechte und Anfechtungsrechte verschiedenster Art).

2. Die Nutzungsrechte beziehen sich auf Sachen oder Geistesprodukte, dienen zur Nutzbarmachung des durch die Aktion gewonnenen Wertes, und enthalten lediglich Befugnisse zu eigenem Handeln. Zu ihnen zähle ich das Eigentum und die dinglichen Nutzungsrechte, die Urheber- und Erfinderrechte, und die Rechte an Namen, Firmen, Marken, Zeichen. Rechte, welche fremdes Verhalten zum Gegenstand haben, gehören nicht in diese Gruppe; auch nicht, wenn sie, wie z. B. die Ansprüche auf Zinsen, Pachtraten, Leibrenten, wiederkehrender und oft langdauernder Art sind; und selbst dann nicht, wenn sie, wie viele Reallasten, immerwährende Natur und nicht selten auch Wechsel der beteiligten Subjekte aufweisen. Denn alle diese Rechte funktionieren als Ausflüsse einer noch im Gang befindlichen Wertbewegung. Nicht anders steht es um die Rechte, welche nicht fremdes Handeln, sondern fremdes Unterlassen beanspruchen (z. B.

Digitized by Google

das Recht aus einem Konkurrenzverbot); ihrem Inhalt entspricht der Verpflichtete nur durch eine die ganze pflichtige Zeit hindurch fortgesetzte Inzaumhaltung seines Willens; in jedem Augenblick muss er das Unterlassen neu gewähren; solange das Recht dauert, bleibt also auch hier die Wertbewegung, die eben in der Gewährung des interessefördernden Unterlassens besteht, im Gange.

Nutzungsrechte und Aktionsrechte (namentlich Wertbewegungsrechte) stehen oft in engem Zusammenhang. So bestehen neben den jura in re aliena meist schon von ihrer Entstehung ab zahlreiche Wertbewegungsrechte der Parteien gegen einander, welche teils die ungehinderte, teils die korrekte Ausübung des Nutzungsrechtes garantieren sollen und deshalb bald ein Verhalten des Eigentümers im Interesse des Berechtigten, bald ein Verhalten des Berechtigten im Interesse des Eigentümers, bald endlich ein Zusammenwirken beider postulieren; ein Blick in die Bestimmungen des BGB. über den Niessbrauch beweist es. Und die Verletzung eines jeden Nutzungsrechtes erzeugt, wie die Rechtssätze über die sog. dinglichen Klagen dartun, Aktionsrechte mannigfachster Art.

So bilden Nutzungsrechte und Aktionsrechte die Glieder einer Kette ohne Ende; die Entstehung von Nutzungsrechten ist das Ziel der meisten Wertaktionen; und die entstandenen Nutzungsrechte sind wieder die Quelle neuer Aktionsrechte.

3. Zu den Schutzrechten rechne ich das Recht des Feststellungsschutzes, sowie die Zwangsschutzrechte: die Rechte der Selbsthülfe, der Leistungsklage, der Durchsetzung im Konkurse, und der Abwickelungseinrede.



Digitized by Google

Das Recht des Feststellungsschutzes ist (cf. CPO. § 256) jedem gegeben, der an der alsbaldigen Feststellung eines Rechtsverhältnisses ein rechtliches Interesse hat. Es kommt also nicht bloss den Inhabern von Aktions- oder Nutzungsrechten zu Gute, sondern auch denen, zu deren Nachteil ein anderer sich solche Rechte rechtswidrig anmasst. Das Recht der Feststellungsklage will durch gerichtliche Feststellung der wahren Rechtslage darauf hinwirken, dass die letztere von den Parteien nunmehr freiwillig respektiert werde.

In vielen Fällen muss aber, wegen Renitenz des Gegners oder aus sonstigen Gründen die Gruppe der Zwangsschutzrechte in Funktion treten, welche auf Erzwingung einer Wertaktion (zumeist einer Wertbewegung; bisweilen auch einer Wertausscheidung, cf. Urhebergesetz § 42: Vernichtung der Nachdruckexemplare) durch Selbsthülfe resp. Staatshülfe ausgeht. Diese Zwangsschutzrechte sekundieren also unmittelbar immer nur den Aktionsrechten. Woher die letzteren stammen, ist dabei gleichgültig. Das Recht des Käufers auf Lieferung der Kaufsache, das Recht gegen den Handwerker auf Ausführung der übernommenen Arbeit, das Recht auf Beobachtung einer Konkurrenzklausel haben ebenso ihr Zwangsschutzrecht zur Seite wie das Recht aus der servitus oneris ferendi, dass der Eigentümer den tragpflichtigen Bau in Stand halte (BGB. § 1022), oder die Rechte auf Herausgabe und Schadensersatz, welche dem Eigentümer auf Grund einer Verletzung seines Eigentums nach § 985 ff. BGB. gegen den Besitzer zuständig sind. Selbst solche Aktionsrechte, die garnicht im Privatinteresse des Berechtigten, sondern rein im öffentlichen Interesse verliehen sind, wie das Recht des besitzenden Diebes gegen den, welcher

Digitized by Google

in seinen Besitz durch verbotene Eigenmacht eingreift, geniessen den Zwangsschutz (BGB. 859 ff.).

Entfaltet sich nun der Zwangsschutz in aggressiver Weise (durch Leistungsklage oder Durchsetzung im Konkurse) so ist sein Resultat — wie § 69 KO. (Umrechnung jeglicher Forderung in Geld) und die Bestimmungen der CPO. über die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen (§ 887 ff.) beweisen — häufig ein ganz anderes als wenn dem Aktionsrecht freiwillig Genüge getan wäre.

Das aggressive Zwangsschutzrecht ist ferner zeitlich beschränkter als das Aktionsrecht, dem es dient, durch die sog. Klagverjährung und die enge Befristung der aggressiven Selbsthülfe; der Grund liegt in dem Postulat quieta non movere, dem sich keine Rechtsordnung entziehen kann.

Wesentlich anders funktioniert das defensive Zwangsschutzrecht der Abwickelungseinrede (Beispiele: exceptio non adimpleti contractus, retentionis), welches gegenüber einem auf ein fremdes aggressives Schutzrecht basierten prozessualen Angriff in Tätigkeit tritt, und keineswegs etwa so wie die exceptio temporis das gegnerische Schutzrecht zerstören oder gar so wie die exceptio doli specialis die ganze Wertbewegung, aus der jenes Schutzrecht entstammt, anfechten, sondern lediglich gleichzeitige Abwickelung einer dem Beklagten vom Kläger ex eadem oder ex alia causa geschuldeten Wertaktion erreichen will. Dieses Schutzrecht erreicht immer Resultate, welche dem betreffenden Aktionsrecht inhaltlich entsprechen, und zeitlich beschränkter als das letztere ist es nur dann, wenn dem Aktionsrecht auch aggressiver Zwangsschutz (z. B. eine Leistungsklage) zur



Digitized by Google

Seite steht; bildet es dagegen das einzige Schutzmittel, wie in manchen Fällen das jus retinendi, so endet es erst mit dem Aktionsrecht selber.

Das Institut der naturalis obligatio zeigt, dass nicht allen Aktionsrechten Schutzrechte zur Verfügung gestellt sind. Dieser Umstand, sowie die obigen Wahrnehmungen über die Abweichungen des Zwangsschutzrechtes von seinem Aktionsrecht nach Inhalt und Dauer, endlich die Beobachtung, dass der Feststellungsschutz nicht nur Rechten, sondern jedem rechtlichen Interesse zukommt, lassen es, nach den Gesetzen der juristischen Begriffsbildung, richtiger erscheinen, die Schutzrechte nicht, wie es gewöhnlich geschieht, als blosse Annexe oder Ausstrahlungen von Aktions- resp. Nutzungsrechten zu definieren, sondern sie als selbständige Rechte aufzufassen.

4. Erst wenn diese Gliederungen nach der Funktion der Rechte in extenso entwickelt sind, darf auch den anderen bisher allein üblichen Einteilungsgesichtspunkten Rechnung getragen werden. Und der Lernende wird, nachdem die Funktionsverschiedenheiten ihm klar geworden sind, die Gegensätze von dinglichen und obligatorischen, absoluten und relativen Rechten in ihrer Bedeutung besser erkennen und würdigen.

### 3.

Nach meiner Ansicht liegt also die Zukunft der Privatsystematik in der starken Betonung der Funktion der Rechtsinstitute.

Die Privatrechtslehre hat zum Gegenstand die Beziehungen der sozialen (d. h. der für die menschliche Gemein-

Digitized by Google

schaft in Betracht kommenden) Werte zu den privaten Interessenkreisen (Personen, Organisationen), und in gewissen, schwer definierbaren Grenzen auch zu den Interessenkreisen des öffentlichen Rechts (man kann vielleicht sagen: insoweit als diese Beziehungen nicht (wie z. B. die Steuerpflicht) unmittelbar politischen Zwecken dienen).

In Rücksicht hierauf gliedert man das Privatrechtsystem m. E. am anschaulichsten in vier Hauptabschnitte: die Interessenkreise, — die sozialen Werte — die Vorgänge, welche die An- und Abgliederung der Werte bewirken, — und die Rechte, welche (in der oben aufgeführten Art) der Ausdruck der Beziehungen sind, welche zwischen den Interessenkreisen und den Werten in Betracht kommen.

Ich glaube, dass solche Gliederung, bei angemessenem Detailausbau, den Vorzug vor dem bisher üblichen „Pandektensystem" verdienen würde. —

Es soll nun noch der nachteilige Einfluss dilettantischer, die funktionellen Unterschiede nicht beachtender Begriffsbildung auf die Rechtsbildung an einigen Beispielen nachgewiesen werden.

I. In DJZ. 1905 Nr. 9 p. 421—22 habe ich RE. 54 Nr. 77, VII 1903, besprochen. Eine verschuldete und bereits fruchtlos exequierte Ehefrau hat eine Intestaterbschaft ausgeschlagen, um sie, unverkürzt durch ihren eigenen Schuldenbetrag, ihrem Kinde, und damit ihrem Manne und sich die Vorteile des elterlichen Niessbrauches zuzuwenden. Ein geschädigter Gläubiger versuchte diese Ausschlagung anzufechten, wurde aber abgewiesen, weil ein Weggeben aus dem Vermögen der Schuldnerin im Sinne des § 7 RAnfG. bei Ausschlagung einer Erbschaft nicht vorliege. Ich habe dem

Digitized by Google

gegenüber darauf hingewiesen, dass Intestaterbschaften (ich füge jetzt hinzu: auch sonstige sicher in Aussicht stehende Erbschaften) sogar noch bei Lebzeiten der Erblasser häufig in durchaus nicht leichtsinniger Weise zur Kreditgrundlage gemacht würden, und dass es deshalb angezeigt erschiene, bei dem Schweigen des RAnfG. über diesen Fall, im Wege richterlicher Gesetzesergänzung eine Anfechtung wenigstens einer dolos paulianischen Ausschlagung zuzulassen, da eine solche dem Gläubiger gegenüber eines Rechtsschutzes unwürdig sei. Meine Anregung scheint jedoch nicht beachtet zu sein; es fehlt dafür bisher wieder die nötige Vorbedingung, nämlich die Erkenntnis von den funktionellen Verschiedenheiten der Rechtsarten. Weder die RKO. noch das RAnfG. denkt daran, dass als Kreditgrundlage noch andere Rechte in Frage kommen könnten als solche aus bereits zu Ende geführten oder wenigstens schon im Stadium der Abwickelung befindlichen Wertaktionen. Erst dem, der die oben (p. 47 f.) gegebene funktionelle Gliederung der Aktionsrechte überschaut, kann überhaupt der Gedanke kommen: Können denn nicht auch Rechte auf Einleitung von Wertbewegungen, und selbst blosse Aussichten auf das künftige Entstehen solcher Rechte, in vernünftiger Art als Kreditgrundlage ausgenutzt werden, und muss deshalb nicht auch dann, wenn man sich solcher Rechte entschlägt, dagegen unter Umständen eine Gläubigeranfechtung möglich sein? Wer mit diesem Gedankengang der Frage näher tritt, wird dann sehr bald herausfinden, dass keineswegs alle Rechte auf Einleitung von Wertbewegungen als Kreditgrundlage praktisch in Betracht kommen, sondern nur ganz bestimmte Arten derselben, nämlich gerade die Rechte auf Erwerbe von Todeswegen, — und dass auch bei

Digitized by Google

diesen dem Berechtigten in seiner Entschliessung über ihre Ausnutzung oder Aufgabe aus ethischen Rücksichten grössere Freiheit gelassen werden muss, als bei den Rechtsarten, welche die RKO. und das RAnfG. im Auge haben. Zur Erwägung verstellt sich dann auch der weitere Punkt, ob nur dem Gläubiger, der gerade auf das „Erwerbsrecht" hin kreditierte, die Anfechtung der Nichtausübung zu gestatten sei, oder auch andern Gläubigern.

Freilich gehört dazu, um in diesen Gedankengängen heimisch zu werden, noch die Lossagung von den über das Wesen der Intestatberufung, des Testamentes und des Erbvertrages herrschenden Anschauungen, welche — gestützt auf § 1922 BGB. — als die Wirkung dieser Tatbestände den ipso jure-Erwerb der Erbschaft im Moment des Erbfalles behaupten. Aber diese Lossagung wird durch das Gesetz selber gefordert. Das Gesetz kennt nur einen Fall wirklichen ipso-jure-Erwerbes, den des Fiskus auf Intestatberufung hin aus § 1923 Abs. 2. Alle anderen Erben-Berufungen geben, nach dem Inhalt der einschlägigen Spezialsätze (namentlich 1942 Abs. 1 über das Recht zur Ausschlagung; 1952 Abs. 1 über die Vererblichkeit dieses Rechtes an die Transmissare; 1958: vor der Annahme keine Nachlassprozesse gegen den Erben), dem Erben die Erbschaft nicht sofort definitiv, sondern nur das Recht, sie zu erwerben, verbunden mit einer für die Verwaltung des Nachlasses in der Zwischenzeit notwendigen Fiduziarstellung. Für den definitiven Erwerb kommt es durchaus darauf an, ob der Erbe die Erbschaft haben will oder wenigstens nach seiner Kenntnisnahme von der Berufung sich so verhält, dass im Interesse der Verkehrssicherheit dieser Wille bei ihm unterstellt werden muss. Das Testament und

Digitized by Google

der Erbvertrag sind demnach nichts anderes als Offerten der Wertbewegung Erbfolge (Vermächtnis) seitens des Erblassers an den Berufenen; Offerten, welche sich unter einander nur dadurch unterscheiden, dass die testamentarische bis zum Erbfall zurücknehmbar ist, die erbvertragliche dagegen nicht; die wirksam erst mit dem Erbfall werden, und deren Akzeptfrist dem Oblaten auch dann erst von seiner Kenntnisnahme ab läuft; Offerten endlich, die wegen ihres präsumtiv für den Oblaten lukrativen Inhaltes — wie so viele Offerten inter vivos aus dem gleichen oder auch aus anderm Grunde — die Wirkung haben, dass die Rechtsordnung Stillschweigen des Oblaten als Zustimmung betrachtet; und nach deren Annahme der Beginn der Wertbewegung auf den Zeitpunkt des Erbfalls zurückdatiert wird, eine Wirkung, die ähnlich bekanntlich auch bei negotia inter vivos bisweilen von der Rechtsordnung vorgeschrieben wird, wie Art. 321 des alten HGB. zeigt. Mit der Intestatberufung ist es nicht anders; sie ist ein direkt von der Rechtsordnung ausgehendes Angebot; sie stellt, genau so wie Testament und Erbvertrag, nicht die Einleitung der Wertbewegung von sich aus fertig, sondern erzeugt nur für den Berufenen das Recht, seinerseits die ihm angebotene Einleitung der Wertbewegung, durch seine Annahme, perfekt zu machen. Jede Berufung zur Erbschaft, mit alleiniger Ausnahme der aus § 1923 Abs. 2 an den Fiskus ergehenden, bringt also nur ein Recht des Berufenen auf Einleitung einer Wertbewegung mortis causa, zur Entstehung; was § 1922 hiergegen sagt, verträgt sich nicht mit dem übrigen Gesetzesinhalt, und ist lediglich als Ausfluss der in unserm BGB. herrschenden Konstruiermanie aufzufassen.

II. Die rechtliche Regelung der Frage, wann eine Wert-

Digitized by Google

bewegung ihre Wirkung über ihre Parteien hinaus, auf dritte Personen erstreckt, will nicht in Fluss kommen.

Wir brauchen solche Rechtsbildung notwendig. Wenn J den V beauftragt, ihm in sog. stiller Stellvertretung Wertpapiere von T anzukaufen und ihn für seine Unkosten gedeckt hat, muss vermieden werden, dass die Wertpapiere in ein solches Rechtsverhältnis zu V treten, dass dessen Gläubiger sich zum Schaden des J an sie halten können.

Wenn die Sparkasse von einem Geldsucher verlangt, dass er ihr fachliche Auskunft über die Beleihbarkeit seines Grundstücks verschaffe, und dieser darauf seinem Rechtsanwalt im eigenen Namen mandiert, der Sparkasse solche Auskunft zu geben, so erscheint es nicht unbillig, bei fahrlässig falscher Auskunftserteilung den Anwalt der Sparkasse direkt ersatzpflichtig zu machen (RE. 52 Nr. 95, VI 1902). Wenn ein Vorerbe für ein Nachlassgrundstück eine Wegeservitut angekauft hat, muss auch der Nacherbe ihre Bestellung vom Verkäufer verlangen können. Für Gemeindegrunddienstbarkeiten (Kirchweg etc.) wären selbständige Schutzrechte der Gemeindeglieder, trotz SA. 55 Nr. 63, III 1899, sehr nötig. Wenn V ein dem J gehöriges Bild in Kommission an T auf Kredit verkauft hat, und nun T dem J direkt Sicherheit für das Kaufgeld bestellt, ist es wenig angebracht, diese Sicherstellung mangels eines zwischen J und T vorliegenden Kausalgeschäftes für ungültig zu erklären. Wenn V sein im Rohbau befindliches Haus, in dem er die Malerarbeiten für 2000 Mk. an M vergeben hat, dem J für 40 000 Mk. verkauft und für diesen Preis die volle Fertigstellung übernimmt, so wäre es unbillig, wenn J nicht mit M über die Ausführung der Malerarbeiten Veränderungen mit der Wirkung sollte verabreden können,

Digitized by Google

dass V trotzdem zur Entrichtung der 2000 Mk. an M verpflichtet bleibt, und J den M nur die etwaigen Mehrkosten der Veränderungen zuzuzahlen hat.

Aber die Rechtsentwickelung schreitet auf diesem wichtigen Gebiet nicht zielbewusst vorwärts. Eine Gesetzgebung, die das Problem klar ins Auge fasste, fehlt gänzlich; und die Gerichtspraxis hat sich bisher damit begnügt, in der Einzelmaterie der sog. stillen Stellvertretung die schlimmsten Kalamitäten — namentlich den Zugriff der Gläubiger des bereits durch den Geschäftsherrn gedeckten Vertreters auf die angekaufte Ware — abzustellen. Sie wusste dazu aber kein anderes Mittel zu finden, als die Fiktion eines Erwerbes des Geschäftsherrn durch constitutum possessorium des Vertreters; also: die Fingierung eines re vera nicht passierten Tatbestandes. Nachdem ich (in meinem Artikel „Über die Fehlgriffe unserer Zivilrechtsjudikatur und ihre Ursachen", in der Juristischen Rundschau des „Tag" vom 28. März 1906; oben p. 29 ff.) die wissenschaftliche und juristische Unzulässigkeit der Tatbestandsfiktion von Neuem eindringlich nachgewiesen habe, darf man wohl annehmen, dass das Reichsgericht nun bald mit diesem Verfahren brechen wird; aber mit den Versuchen, die Stellung des Geschäftsherrn zu festigen, wird es dann wohl erst recht zu Ende sein.

Der Grund für das Stagnieren der Rechtsbildung liegt auch hier wieder in einer Unterlassungssünde der Begriffsbildung. Trotzdem nämlich die Gesetzgebung, wie schon oben bemerkt, das Problem nicht bewusst anfasst, hat sie doch, Einzelerwägungen folgend, eine grosse Menge Detailbestimmungen über die Stellung Dritter zu einer Wertbewegung erlassen, die alle darauf hinauslaufen, für den Fall,

Digitized by Google

dass zu der ursprünglichen Wertbewegung A—B eine zweite Wertbewegung etwa zwischen A und C hinzutritt, aus dem Zusammentreffen dieser beiden Wertbewegungen Abänderungen in den normalen Wirkungen der Wertbewegungen A—B resp. A—C, und namentlich direkte Wirkungen zwischen B und C, herzuleiten. Die Begriffsbildung ist diesen rechtlichen Erscheinungen nicht nachgegangen; in dem hergebrachten Dogma befangen, dass Verträge ohne besondere Vereinbarung der Parteien nicht über diese hinaus, auf Dritte, wirken, — und ohne klare Kenntnis von dem Wesen und dem Vollzuge einer Wertbewegung, ohne Vorstellung von den Funktionen ihrer verschiedenen Akte, ist sie natürlich erst recht nicht dazu gelangt, das Zusammenwirken mehrerer Wertbewegungen zu verfolgen. Und infolgedessen tappt auch die Rechtsbildung auf diesem Felde im Dunkeln.

Unternehmen wir jetzt den Versuch, die bisherige Rechtsbildung über das Zusammenwirken mehrerer Wertbewegungen in korrekter Begriffsbildung zu veranschaulichen.

Da ergibt sich:

1. Ein solches Zusammenwirken findet statt im Fall der sog. stillen Stellvertretung; d. h. wenn die eine Vertragspartei einer Wertbewegung I (etwa der Käufer eines Kaufgeschäfts) kraft einer zwischen ihr und einem Dritten im Gang befindlichen Wertbewegung II (etwa Auftrag oder entgeltliche Ermächtigung) diesem Dritten gegenüber verpflichtet oder befugt ist, die Wertbewegung I zwar nicht im Namen, aber auf Rechnung des Dritten einzuleiten resp. durchzuführen; wenn also der Dritte nach seiner und der Absicht der mit ihm durch die Wertbewegung II verknüpften Vertragspartei der eigentliche Interessent der Wertbewegung I sein soll.

Digitized by Google

Für diesen Fall kennt schon das römische Recht ein Zusammenwirken der beiden Wertbewegungen. Besteht WB. II in einem Arbeitsvertrage, kraft dessen V. für J. als institor tätig ist, und schliesst nun V. in dieser Eigenschaft für Rechnung des J. mit T., als WB. I, einen Warenankauf ab, so steht dem T. gegen J. die actio venditi institoria auf Zahlung des Kaufpreises zu, und J. hat gegen T. die actio empti wenigstens dann si aliter rem suam servare non potest, namentlich also bei Konkurslage des Institor; l. 1,2, 14,3 (Ulpianus. Marcellus. Gajus); l. 5, 46,5 (Paulus). Verkauft V. als Prokurator und Spezial-Mandatar des J. dessen Sache an T., so wird nicht nur dem T. gegen den J. die actio empti, sondern auch dem J. gegen den T. die actio venditi ohne weitere Einschränkung von Ulpian in l. 13 § 25, 19,1 zugestanden. Hat V. als Beauftragter des J. von T. ein Darlehn aufgenommen, so gibt c. 5 C. 4,25 (Diocl. et Maxim.) dem T. die Darlehnsklage „ad exemplum institoriae" gegen J. Und ist V. eine Frau, welche die Darlehnsaufnahme bei T. für J. in dessen Auftrag durch intercessio tacita ausführt, so bekommt T. die condictio ex mutuo gegen J., als sog. actio institutoria: l. 8 § 14, 16,1 (Ulpian); l. 29 p. eod. (Paulus).

Die modernen Gesetzgebungen haben diese Rechtsentwicklung namentlich auf dem Gebiet des Auftrages resp. des Kommissionsgeschäftes fortgeführt, wie man aus der schönen Schrift Müller-Erzbach's über „die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung" entnehmen kann.

Unser HGB. hat im Art. 368 (§ 392) der Konkursmasse des Kommissionärs und dessen Gläubigern den Zugriff auf die Forderungen V.—T. zugunsten des J. genommen. Eine

Digitized by Google

direkte Berechtigung resp. Verpflichtung des Kommittenten J. gegen T. aus dem Geschäfte V.—T. erkennt es dagegen nicht an. Aber nach englischem, schottischem und amerikanischem Rechte wird der Kommittent J. gegen T. direkt berechtigt und verpflichtet neben dem Kommissionär, dessen Recht gegen T. aber dem des Kommittenten untergeordnet ist (cf. M.—E. p. 57—58). Das Schweizer Recht spricht in Art. 399 des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht von 1881 nur die Berechtigung des Auftraggebers gegen T. aus, und lässt dieselbe erst dann, an Stelle des bisherigen Rechtes des Beauftragten gegen T., entstehen, wenn der Auftraggeber seinerseits allen Verbindlichkeiten aus dem Auftragsverhältnis nachgekommen ist. Bei dieser Sachlage bekommt der Auftraggeber aber nicht bloss die bisher dem Beauftragten zuständigen Forderungsrechte, sondern im Konkurs des Beauftragten auch ein Aussonderungsrecht an den beweglichen Sachen, die letzterer im eigenen Namen, aber für Rechnung des Auftraggebers zu Eigentum erworben hat. Diese Bestimmungen gelten auch für das Kommissionsgeschäft (M.—E. p. 58, 59). Das französische Recht strebt nach einem ähnlichen Ausbau der Berechtigung des commettant, statuiert aber auch eine Mitverpflichtung desselben gegen T. (M.—E. p. 59, 60). Besonders ausgeprägt hat unser HGB. das Zusammenwirken der beiden Wertbewegungen V.—T. und V.—J., wenn die WB. V.—T. eine Seeversicherung auf fremde Rechnung ist. Der Versicherte J. wird hier aus dem Versicherungsvertrage unmittelbar gegen den Versicherer T. berechtigt, wenn der Vertrag in seinem Auftrage oder in negotiorum gestio für ihn geschlossen ist (§ 883). Der Versicherungsnehmer V. hat im wesentlichen nur die Stellung

Digitized by Google

eines für den J. zum Inkasso und zur Verfügung Bevollmächtigten (§ 886). Zur Zahlung der Prämie ist primo loco V. verpflichtet (§ 812 Abs. 2). Aber wenn V. zahlungsunfähig geworden und seinerseits von J. für die Prämie noch nicht gedeckt ist, haftet auch J. dem T. direkt auf Zahlung der Prämie (§ 812 Abs. 3). Irrtum des J. bei Erteilung des Auftrages über gewisse in § 895 bezeichnete Umstände (z. B. über den Mangel der versicherten Interesse) macht den Vertrag auch für den über denselben Punkt ebenfalls gutgläubigen V. bis auf die Ristornogebühr unverbindlich. Inkorrektes Verhalten des J. in gewissen Punkten (Versäumung der Anzeigepflicht, § 807; Kenntnis von dem zur Zeit des Vertragsschlusses bereits erfolgten Eintritt eines Schadens, § 785; nachträgliche Änderung des Risiko, §§ 813—816) entbinden den T. von seiner Vertragshaftung (zu dem bisherigen cf. M.—E. p. 80—91). Mit der Berücksichtigung dieser bei T. vorliegenden inneren Tatsachen beschreitet das HGB. übrigens einen Weg, auf dem auch schon das englische Recht vorgegangen ist (M.—E. p. 58).

Man kann demnach sagen: Auf dem Gebiet des Handelsrechtes ist die Rechtsbildung beflissen, in dem Fall, wo eine zwischen den Parteien V. und T. stattfindende Wertbewegung (WB. I) ihren Grund in einem, dem V. von einem Dritten J. zur Vornahme der WB. I erteilten Kommissionsauftrage (WB. II) hat, der eigenartigen Interessenlage, welche durch das Zusammentreffen dieser beiden Wertbewegungen geschaffen wird, durch erhebliche Veränderungen in der Wirkungsweise der WB. I Rechnung zu tragen. Diese Veränderungen bestehen besonders in der Herstellung direkter Kontraktsobligationen auch zwischen J. und T., und in der

Digitized by Google

Rücksichtnahme auf Irrtum, resp. dolus auch des J., falls die Frage nach der Gültigkeit der WB. I auftaucht; ferner in der Einschränkung der Kontraktsbefugnisse des V., für den eine dem J. möglichst ungefährliche Rechtsstellung angestrebt wird. Entsprechend ändern sich natürlich auch die Wirkungen der WB. II, also des Kommissionsauftrages. Hat T. dem J. direkt geleistet, so entfällt die Pflicht des V. gegen T., diesem das Geschäftsresultat herauszugeben; und hat umgekehrt J. direkt an T. erfüllt, so ist insoweit der Anspruch des V. gegen J. auf Deckung für die Gegenleistung hinfällig.

Am zielbewusstesten tritt diese Rechtsentwicklung wohl in England auf; in Deutschland steckt sie dagegen, bis auf den Fall der Seeversicherung, noch ganz in den Anfängen. Auf das bürgerliche Rechtsgebiet hat sie sich bisher in Deutschland bewusst nicht hinübergewagt.

2. Die Rechtsbildung berücksichtigt das Zusammentreffen zweier Wertbewegungen aber auch in vielen Fällen, wo keine der Vertragsparteien V. und T. resp. J. und V. daran denkt, die Wirkung der zwischen ihnen stattfindenden WB. auf den Dritten (J. resp. T.) zu erstrecken, und wo auch dem Dritten selber dieser Gedanke meist fern liegt; die Rechtsbildung lässt also hier die Veränderungen in der Wirkung der Wertbewegungen ohne Rücksicht auf die Absicht der Beteiligten, lediglich wegen der durch das Zusammentreffen der beiden Wertbewegungen geschaffenen objektiven Sachlage eintreten. Aus den zahlreichen Beispielen dieser Gruppe, welche das gemeine Recht und namentlich unsere Reichsgesetzgebung aufzeigt, hebe ich folgendes hervor:

a) Aus dem gemeinen Recht interessieren z. B.:

α. l. 22, 13,5 (Paulus): Der Fiduziarerbe V. einer Erb-

Digitized by Google

schaft hat von einem Erbschaftsschuldner T. ein constitutum debiti erhalten; post restitutam hereditatem wird ihm die actio de pecunia constituta denegiert, quoniam sortis petitionem ad alium transtulit; dem fideicommissarius J. aber wird jene actio nunmehr gegeben. Ebenso soll es, wenn V. Erbschaftsbesitzer und J. der wahre Erbe ist, post evictam hereditatem zugunsten des J. gehalten werden.

β. hat der Pfandgläubiger V. die Pfandsache zum Zweck seiner Befriedigung an J. verkauft, ohne sich für den Eviktionsfall gegen J. zu verpflichten, so steht dem J. nach l. 12 § 1 20,5 von Tryphonin eine actio utilis gegen den Verpfänder T. auf Erstattung des Kaufpreises zu; im Falle des Verkaufes eines pignus in causa judicati captum nennt Hermogenian in l. 74 § 1 21,2 diese Klage gegen T. geradezu actio ex empto (cf. Dernburg, Pandekten I, § 282, Anm. 8).

γ. Endlich gehören die Fälle der actio de in rem verso utilis hierher. Hat z. B. V. von J. Hafer gekauft und ihn an die Pferde des T. verfüttert oder in dem Acker des T. ausgesät, ohne dass T. den Hafer durch Rechtsgeschäft von V. erwarb, — so ist es wieder das Zusammentreffen der WB. J.—V. und der auf den Tatbestand ungerechtfertigter Bereicherung hin ins Leben gerufenen, die condictio sine causa des V. gegen den T. begründenden WB. V.—T., welches die actio de in rem verso utilis des J. gegen den T. hervorruft.

b) Eine kontraktliche Obligation entsteht zwischen J. und T., wenn J. dem V. eine Sache geliehen oder vermietet hatte und V. diese Sache dem T. zum Gebrauch überlassen hat. Hier steht auch dem J. nach § 556 resp. § 604 BGB., aus dem Kontraktsverhältnis J.—V., eine Rückforderungsklage auch gegen T. zu. Diese Rechtsbildung ist mit Rücksicht

Digitized by Google

auf die Gefahren, welche namentlich die Untermiete für den Hauptvermieter mit sich bringt, geboten. Sie modifiziert natürlich entsprechend die dem T. gegen V. aus der Untermiete obliegenden Pflichten. (Näheres in Romeick, Zur Technik des BGB., Heft 2; Nissen in JWSchr. 1903 p. 201 ff.; Staudinger zu §§ 556, 604 BGB.)

c) Wenn J. Gläubiger des V. aus irgend einer WB. ist, und V. durch Verkauf, Schenkung oder ein sonstiges Kausalgeschäft sich dem T. verpflichtet, sein Vermögen ganz oder bruchteilweise dem T. zu übertragen (§ 311 BGB.), so bekommt J. (nach § 419 BGB.) sofort mit dem Abschluss des Kausalgeschäftes V.—T., also ohne dass die Übermachung der Aktiva an T. bewirkt sein müsste, und ohne eine besondere Schuldübernahme seitens des T., das Recht, seine Forderung auch gegen T. geltend zu machen. T. kann seine Haftung gegenüber dem J. aber beschränken, nämlich auf den Bestand des übernommenen Vermögens und die Ansprüche, welche ihm (dem T.) aus dem Kausalgeschäft V.—T. gegen V. zustehen. (Näheres bei Staudinger zu § 419.)

Hat V. sich dem T. durch irgend ein Kausalgeschäft verpflichtet, ihm den Niessbrauch an seinem Vermögen einzuräumen, so wird ebenfalls wieder der T. jedem Gläubiger J. des V., dessen Forderung zur Zeit der Bestellung des Niessbrauches, also des zu dem Erfüllungsgeschäft V.—T. gehörenden Leistungsaktes, schon bestand, auf die Zinsen der Forderung J.—V., für die Dauer des Niessbrauchs, neben dem V. verhaftet, und zwar auch mit seinem sonstigen Vermögen; ebenso für Rentenforderungen und ähnliche Forderungen auf wiederkehrende Leistungen. Näheres: Staudinger zu BGB. § 1088.)



Digitized by Google

Verkauft V. an T. eine ihm angefallene Erbschaft, so haftet T. von dem Kaufabschluss an jedem Nachlassgläubiger J. neben dem V. T. kann diese seine Haftung nach Massgabe der Erbenhaftung auf den erkauften Nachlass und die ihm gegen V. aus dem Erbschaftskauf zuständigen Ansprüche beschränken. (§§ 2382, 2383 BGB.)

In den drei genannten Fällen ist die Erstreckung der Forderung des J. auch gegen T. durch die besonderen Gefahren geboten, welche dem J. aus der WB. V.—T. erwachsen. Der gleiche Grund hat die Bestimmung des § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB. erzeugt. Hat T. ein Handelsgeschäft durch negotium inter vivos von V. erworben, und führt er dieses Geschäft unter der bisherigen Firma fort, so haftet er für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des V. den betreffenden Kreditoren J. neben dem V. (Näheres: Staub zu § 25 HGB.) Tritt noch der weitere Umstand hinzu, dass V. oder dessen Erben in die Fortführung der Firma gewilligt haben, so erlangt umgekehrt T. gegenüber den Debitoren des V. die Stellung eines Alleingläubigers aus den WB. V.—D., da für T. und D. ein dringendes Interesse an dieser Verschiebung der Gläubigerrolle besteht. (Staub l. c.)

d) Aus dem ehelichen Güterrecht sollen hier nur die einschlägigen Bestimmungen des BGB. bez. der Verwaltungsgemeinschaft und der allgemeinen Gütergemeinschaft betrachtet werden.

α. Während bei der Verwaltungsgemeinschaft eine Haftung der Frau für Schulden des Mannes nicht eintritt, verfügt § 1388 nach dem Vorbild des § 1088 eine persönliche Haftung des Mannes für die in §§ 1385—1387 näher bezeich-

Digitized by Google

neten Schulden der Frau, d. h. hauptsächlich für Lasten, Zinsen und sonstige wiederkehrende Leistungen, welche nach den Regeln ordentlicher Wirtschaft aus den Einkünften des eingebrachten Gutes zu bestreiten sind. Der Mann haftet den Gläubigern neben der Frau als Gesamtschuldner. (Näheres bei Arthur B. Schmidt, Vorbemerkung zu § 1410 und § 1388 BGB.)

Viel einschneidender sind die Änderungen, welche die allgemeine Gütergemeinschaft zugunsten von Gläubigern der Eheleute hervorbringt. Die Gläubiger des Mannes können zwar, von dem besonderen Fall des § 1480 abgesehen, nicht die Frau persönlich in Anspruch nehmen; aber da alle Schulden des Mannes Gesamtgutsverbindlichkeiten sind, so haftet für sie ausser dem Vorbehaltsgut des Mannes auch das Gesamtgut. Die Gläubiger der Frau können dagegen, falls diese Frauenschulden Gesamtgutsverbindlichkeiten sind, den Mann auch persönlich, als Gesamtschuldner neben der Frau, in Anspruch nehmen. (Näheres in § 1459 BGB.) Das bedeutet, da alle vor der Begründung der Gütergemeinschaft und sehr viele während ihrer Dauer entstandenen Frauenschulden (cf. § 1460—1462 BGB.) Gesamtgutsverbindlichkeiten sind, oft eine starke Belastung des Mannes. (Näheres bei Schmidt zu § 1459.) Diese Haftung des Mannes verstärkt sich noch im Falle des § 1480 (cf. Schmidt zu diesem Paragraphen).

β. Auch die Stellung der Schuldner der Eheleute ändert sich in grossem Umfange. Bei der Verwaltungsgemeinschaft kann die Frau ein zum eingebrachten Gut gehörendes Recht im Wege der Klage nur mit Zustimmung des Mannes geltend machen (§ 1400 Abs. 2 BGB.); hingegen kann der Mann in



Digitized by Google

bezug auf jedes zum eingebrachten Gut gehörende Recht im eigenen Namen gerichtlich vorgehen. (Näheres: Schmidt zu §§ 1380, 1400 BGB.)

Bei der Gütergemeinschaft fallen nach §§ 1438 ff., 1444 ff. die meisten Forderungen der Eheleute in das Gesamtgut.

Alle zum Gesamtgut gehörenden Rechte kann nun der Mann im eigenen Namen gerichtlich verfolgen. Ob die Frau mit Zustimmung des Mannes solche Rechte im eigenen Namen einklagen oder aber solche Prozesse garnicht führen kann, ist bestritten. (Näheres: Schmidt zu § 1443 BGB.)

Wir sehen also, es werden namentlich Wertbewegungen zwischen einer Ehefrau und ihren Kreditoren resp. Debitoren, durch das Zusammentreffen mit den zwischen ihr und ihrem Manne bestehenden Wertbewegungen Verwaltungsgemeinschaft resp. Allgemeine Gütergemeinschaft, in ihren Wirkungen verändert.

e) Einen vollständigen Aktiv- und Passiveintritt eines Dritten in eine im Gang befindliche Wertbewegung erzeugt das Zusammentreffen der beiden WB. Grundstücksmiete und Kauf in dem bekannten § 571 BGB. Der alte Vermieter wird zugleich kraft gesetzlicher Bestimmung Bürge für den neuen: § 571 Abs. 2. Analog tritt nach § 1056 BGB. in eine ein Grundstück betreffende Niessbrauchvermietung oder -verpachtung, welche den Niessbrauch überdauert, nach Beendigung des Niessbrauches der Eigentümer ein. (Näheres: Staudinger zu § 1056.)

Ein ähnlicher Erfolg ergibt sich übrigens auch aus § 25 HGB. für den Geschäftserwerber J., wenn zu den relevanten Zeitpunkten eine WB. zwischen V. und J. im Gange ist, die noch von beiden Seiten der Abwickelung harrt.

Digitized by Google

f) Bisher beobachteten wir, als Erfolg des Zusammentreffens zweier Wertbewegungen, eine Verschiebung in den Wirkungen ihrer Kausaltatbestände; oder, wie man landläufig, aber ungenau sagt, in den Wirkungen des „obligatorischen Grundgeschäftes". Nur in dem unter a, α genannten Fall handelt es sich um Veränderung in der Wirkung eines Sicherungsgeschäftes, also eines Hilfsgeschäftes; die normale Wirkung der causa bleibt hier unangetastet, wie namentlich aus dem in der l. 22 cit. an zweiter Stelle angeführten Beispiel klar wird; der richtige Darlehnsgläubiger des T. ist natürlich bloss der Erbe J., nicht der Erbschaftsbesitzer V.; aber das constitutum debiti des T. an V. kommt dem J. zugute.

Ebenso begegnen uns nun Sachlagen, in denen bloss die Wirkungen des Abwickelungsgeschäftes verschoben werden. Das Hauptbeispiel bietet § 1381 BGB.

α. Wenn V. von T. ein Klavier kauft und übereignet erhält, und es ihm mit Geld bezahlt, welches dem J. gehört, so wird der gutgläubige T. Eigentümer jenes Geldes, J. demnach geschädigt; aber das Eigentum des Klaviers verbleibt trotzdem dem V.; J. ist auf eine Ersatzklage gegen V. beschränkt. Ist aber J. die Ehefrau des V., lebt sie ferner mit ihm in Verwaltungsgemeinschaft und gehört endlich das Geld zu ihrem eingebrachten Gut, so wird das Eigentum an dem Klavier, im Moment seiner Übergabe an den Mann, der Frau erworben, auch wenn der Mann den Kauf im eigenen Namen abgeschlossen hat und die causa-Wirkungen deshalb lediglich in seiner Person eintreten. Anders freilich, wenn der Mann nicht für Rechnung des eingebrachten Gutes erwerben wollte; dieser Wille ist aber von dem, der den Eigentumserwerb der Frau bestreitet, zu beweisen. Diese wichtige Be-

Digitized by Google

stimmung schützt die Ehefrau in gewisser Richtung vor der Gefahr, dass die Substanz ihres Eingebrachten durch nachlässige oder ungetreue Verwaltung des Mannes verbracht wird, und an ihre Stelle nur Ersatzansprüche gegen den Mann treten.

Entsprechend gehört, im Interesse des Nacherben, alles das zur Erbschaft, was der Vorerbe mit Mitteln der Erbschaft durch Rechtsgeschäft erworben hat, sofern ihm nicht der Erwerb als Nutzung gebührt. Der Wille des Vorerben, nicht für Rechnung der Erbschaft zu erwerben, wird nicht beachtet. (§ 2111 BGB.)

Ebenso gilt, im Interesse des wahren Erben, der Erwerb, den der Erbschaftsbesitzer durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft gemacht hat, als aus der Erbschaft erlangt. (§ 2019 BGB.)

β. An noch laxere Voraussetzungen ist die Abweichung in den Wirkungen des Abwicklungsgeschäftes von der Richtung des Kausalgeschäftes in §§ 1382, 588 Abs. 2 und 2111 Abs. 2 gebunden. Haushaltsgegenstände werden eingebrachtes Gut schon dann, wenn der Mann sie an Stelle der von der Frau eingebrachten nicht mehr vorhandenen oder wertlos gewordenen Stücke anschafft. Inventarstücke, die der Grundstückspächter anschafft, werden mit dem Hinzutreten der tatsächlichen Einverleibung in das Inventar Eigentum des Verpächters (cf. Staudinger zu § 588). Ebenso gehört zur Erbschaft im Interesse des Nacherben, was der Vorerbe dem Inventar eines erbschaftlichen Grundstückes einverleibt (§ 2111 Abs. 2).

Die Herkunft der aufgewandten Erwerbsmittel ist hier

Digitized by Google

nicht von Bedeutung; noch weniger eine entgegengesetzte Richtung des Erwerbswillens bei dem Anschaffenden.

γ. Nach § 1438 fallen bei der allgemeinen Gütergemeinschaft alle Gegenstände, die von einem der Ehegatten erworben werden, direkt in das Gesamtgut (sofern nicht die Ausnahmen der §§ 1439, 1440 vorliegen). Hier gehört aber regelmässig schon die Kausalobligation ebenfalls zum Gesamtgut. (Nicht immer; z. B. eine unpfändbare Forderung gehört zum Sondergut, das auf sie Gezahlte wird aber Gesamtgut [Dernburg, Familienrecht, Aufl. 3, § 56, III 1]. Ebenso wird Gesamtgut, was auf ein wegen fehlender Zustimmung nach §§ 1444—1448 unwirksames Kausalgeschäft, also sine causa, geleistet wurde [Schmidt zu § 1448, Anm. 2b, und zu § 1455].)

3. Das Resultat der Untersuchungen zu 1. und 2. können wir dahin zusammenfassen:

Der Rechtsordnung erwächst nicht nur die Aufgabe, die Wirkungen der einzelnen Wertbewegungsart zu entwickeln. In zahlreichen und praktisch sehr wichtigen Fällen wird sie vor das Problem gestellt, dem Zusammentreffen zweier Wertbewegungen (J.—V., V.—T.), die eine Partei gemeinsam haben, durch besondere Rechtssätze Rechnung zu tragen. Denn solches Zusammentreffen — mag nun zwischen ihnen, nach der Absicht von J. und V., ein innerer Zusammenhang bestehen, wie im Fall der stillen Stellvertretung, oder mag es sich rein zufällig ereignen — bringt oft Interessenlagen hervor, bei denen damit, dass jede der beiden Wertbewegungen ihre normalen Separatwirkungen entwickelt, nicht auszukommen ist. Die Rechtsordnung schreitet in diesen Fällen

Digitized by Google

daher zu einer Veränderung jener normalen Separatwirkungen, entweder so, dass die Wirkungen der Kausaltatbestände modifiziert werden, oder auch so, dass nur die Hilfsgeschäfte, welche der Fortführung der Wertbewegungen dienen, namentlich die Abwickelungsgeschäfte, eine Verschiebung ihrer Wirkungen erleiden. —

Stellt die Begriffsbildung der Rechtsbildung das Problem, an dem diese so lange schon instinktiv, aber planlos arbeitet, in solcher Art klar vor Augen, so muss dadurch — das leuchtet ein — das fernere Vorgehen der Rechtsbildung sehr gefördert werden. Erst jetzt kann sie untersuchen, in welchen Fällen des Zusammentreffens zweier Wertbewegungen die Interessenlage eine Abänderung der WB.-Wirkungen fordert, und in welchem Umfang, in welchen Richtungen die Änderungen einsetzen müssen, um das sozial Richtige zu erreichen. Und dann wird sich ihr Blick auch weiter richten und die Frage in Betracht gezogen werden, ob nicht auch noch andere Tatbestände als das Zusammentreffen zweier Wertbewegungen ein Abgehen von den Normalwirkungen der Einzel-Wertbewegungen verlangen. Schon jetzt bewirkt, wenn V. und J. als Eheleute in Gütergemeinschaft leben, deren Zusammentreffen mit einer Wertzuweisung an V., z. B. dem originären Erwerb eines Urheberrechtes, dass das betreffende Recht direkt dem Gesamtgut zufällt. (§ 1438 BGB.) Und die Interessenlage würde m. E. fordern, dass die Verletzung einer für die Gemeinde V. eingetragenen Kirchweggerechtigkeit durch T. auch jedem Gemeindemitgliede J. eine Klage aus § 1090 BGB. gegen T. gäbe, trotzdem mit der dem V. von T. infolge der Rechtsverletzung geschuldeten Wertbewegung (Beseitigung der Störung und ferneren der Servitut ent-

Digitized by Google

sprechenden Verhaltens) der J. nur durch seine öffentlich-rechtlichen Beziehungen zu der V. in Verbindung steht.

Und wenn dies alles recht planmässig erforscht ist, wird es auch endlich gelingen, den vielen Rechtsfällen, welche heute, so wie die meisten der auf p. 57 f. angeführten, unter dem Bann des Dogmas von der „Wirkung nur inter partes" von der Praxis vergewaltigt werden, eine gerechte Entscheidung zu finden.

III. Schon die RKO. von 1877 hatte bekanntlich der vertraglichen Mobiliarhypothek die wesentlichste Wirksamkeit unterbunden; und das BGB. erkennt sie überhaupt nicht mehr an; nach ihm können bewegliche Sachen vertragsmässig nur noch unter Besitz- oder Mitbesitz-Einräumung an den Gläubiger verpfändet werden. Dieser durch das soziale Postulat der Publizität des Pfandrechts veranlasste Rechtszustand hat zwar im Allgemeinen günstig gewirkt, aber doch auf einem wichtigen Teilgebiet des Kreditwesens bereits das hervorgerufen, was Stammler ein soziales Phänomen nennt; eine Massenkalamität nämlich für die weiten Kreise kleiner kreditschwacher Gewerbetreibender und überhaupt der ärmeren Leute, die zur Erlangung billigen Kredites nur solche Sicherungsobjekte zur Verfügung haben, deren Besitz sie nicht entbehren können: das Warenlager, die sonstigen gewerblichen Betriebsmittel (Handwerkszeug, Maschinen etc.), das Haus- und Wirtschaftsinventar. Gerade so wie im Falle des Tierhalterparagraphen ist hier deshalb nach meiner Auffassung eine Sachlage eingetreten, welche das Reichsgericht berechtigt, in offener Abänderung des Gesetzes (der §§ 1205, 1206 BGB.) die Mobiliarhypothek, vorsichtig von Fall zu Fall vorgehend, für die Kreise, denen sie vom Standpunkt des

Digitized by Google

öffentlichen Interesses aus unentbehrlich ist, wieder anzuerkennen [1]). Aber die Gerichtspraxis, welche in ihren theoretischen Anschauungen ja noch ganz im Bann der herrschenden Rechtsbildungslehre steht, also jede rechtsschöpferische Tätigkeit des Richters ablehnt, — ist für jenes Radikalmittel natürlich nicht zu haben; sie versucht bekanntlich durch Ausbildung der, angeblich durch § 223 BGB. gestatteten Sicherungsübereignung zu helfen. In Wahrheit müsste dieser Versuch zu richterlicher Gesetzesergänzung führen; denn das BGB. enthält weder für das Rechtsgeschäft der Sicherungsübereignung noch für den Inhalt des Sicherungseigentums Normen, die zu unmittelbarer Anwendung geeignet wären; das Rechtsgeschäft Sicherungsübereignung verlangt einen anderen Tatbestand als die im BGB. geregelten Sicherungsgeschäfte; und das Sicherungseigentum, dessen Funktion in der Sicherung der Abwickelung einer Wertbewegung besteht, dessen Aufgabe also zu Ende ist, wenn diese Wertbewegung durchgeführt ist, bedarf eines anderen Inhaltes als das allein im BGB. geregelte Nutzeigentum, das niemals von der Rechtsordnung als Mittel zur Durchführung einer Wertbewegung, sondern immer als Resultat einer durchgeführten Wertbewegung ins Auge gefasst ist, dessen Wirkungen also überhaupt erst nach der Durchführung der Wertbewegung beginnen sollen. Das bedarf für den, welcher der funktionellen Seite der Rechtsinstitute Bedeutung beimisst, keines Beweises. Aber die Gerichtspraxis steht dieser Auffassung fern; und es ist lehrreich zu betrachten, was hier durch ihre Hand das Dogma von der Unzuständigkeit des Richters zu selbst-

1) Cf. DJZ. 1005 p. 1020.

Digitized by Google

ständiger Rechtsbildung und der Mangel der Einsicht in die funktionellen Gliederungen der Rechtsinstitute vereint zu Stande gebracht haben.

1. Der grosse Vorteil der, durch Besitzkonstitut (BGB. § 930) erfolgenden Sicherungsübereignung besteht, gegenüber der Mobiliarverpfändung, für den Übereigner (der ja meist mit dem Schuldner identisch sein wird) darin, dass er Besitz, Gebrauch und Nutzung der übereigneten Sachen behält. Darin liegt aber zugleich für den Gläubiger die Gefahr beschlossen, dass der Übereigner die Sachen ungetreu weiterveräussert oder sonst verbringt; und für spätere Kreditoren der Nachteil, dass sie über den wahren Vermögensstand des Schuldners getäuscht werden infolge der Unerkennbarkeit des Sicherungseigentums. Man sollte deshalb meinen, die Praxis würde versuchen, die Sicherungsübereignung durch Besitzkonstitut auf diejenigen Sacharten einzuschränken, bei denen sie im öffentlichen Interesse unentbehrlich ist, also auf (notwendiges?) Haus-, Wirtschafts- und Geschäftsinventar. Aber die Praxis zieht bezüglich der Objekte keine Grenze; offenbar weil sie die freie Veräusserlichkeit des Nutzungseigentums ohne Besinnen auf das Sicherungseigentum überträgt. Eine Einschränkung wird nur in der andern Richtung versucht, dass besonders scharf geprüft wird, ob der Übereignungsvertrag als solcher ernstlich gemeint sei und nicht etwa nur eine Verpfändung verschleiern solle (SA. 58 Nr. 123, Naumburg 1902); damit werden aber nur im Einzelfall unerquickliche Prozesslagen heraufbeschworen; für die sozial richtige Entwickelung des Rechtsinstitutes nutzen solche Prüfungen wenig.

2. Die dinglichen Befugnisse des Sicherungseigentümers werden denen des Nutzungseigentümers genau nachgebildet.

Digitized by Google

Vom Moment der Übereignung an, nicht etwa erst ab Fälligkeit seiner Forderung, hat er das Recht, die Sachen frei, in beliebiger Art, zu veräussern und dinglich zu belasten, und wäre er an sich auch zu Besitz, Gebrauch und Nutzung derselben berufen, wenn er nicht diese Befugnisse dem Übereigner vertragsmässig belassen hätte. Ihm steht ferner die Eigentumsklage zu, und im Konkurse des Übereigners hat er ein Aussonderungsrecht. Gerät der Sicherungseigentümer selbst in Konkurs, so gehören die Sachen zu seiner Konkursmasse, können allerdings so lange das vertragsmässige Gebrauchsrecht des Übereigners an ihnen noch fortdauert, diesem nicht abgefordert werden. Der Pfändung durch Gläubiger des Sicherungseigentümers unterliegen die Sachen selber praktisch nicht, da der Übereigner als im Besitz befindlicher Dritter der Sachpfändung immer gemäss § 808, 809 CPO. widersprechen wird; aber der Anspruch des Sicherungseigentümers auf Herausgabe der Sachen ist natürlich für seine Gläubiger pfändbar.

Diese dingliche Rechtsstellung erlischt nicht etwa mit der Tilgung der gesicherten Schuld von selber, sondern sie dauert fort, bis eine Zurückübertragung des Eigentums stattgefunden hat.

Während des Bestehens des Sicherungseigentums ist der Übereigner dinglich völlig ohnmächtig. Er hat keinerlei Verfügungsmacht, keine Eigentumsklage und kein Aussonderungsrecht im Konkurse des Sicherungseigentümers, auch wenn die Schuld bereits bezahlt ist; und nur seine Ansprüche auf Rückübereignung resp. auf Herauszahlung der hyperocha können zu seiner Konkursmasse gezogen resp. von seinen Gläubigern gepfändet werden.

Digitized by Google

Nur obligatorisch ist der Sicherungseigentümer dem Übereigner verpflichtet, seine dingliche Stellung nicht zu missbrauchen, und insbesondere die Verwertung nicht vorzeitig, und nur zur Tilgung seiner Forderung vorzunehmen und bei ihr das Interesse des Übereigners gewissenhaft zu wahren; ferner nach geschehener Rückzahlung der Schuld die Sache zurückzuübereignen.

In dieser Art formuliert namentlich Senatspräsident Hallbauer in seiner „aus der Praxis für die Praxis" geschriebenen Abhandlung im „Recht" 1905, p. 634, 636 die aus der Sicherungsübereignung erwachsende Rechtslage; und nach dem Inhalt der hauptsächlichsten Entscheidungen (RE. 59 Nr. 43, VII 1904; 57 Nr. 40, VII 1904; SA. 59 Nr. 129, Hamburg 1902, SA. 58 Nr. 123, Naumburg 1902) lässt sich eine wesentliche Abweichung der Gerichtspraxis von diesen Anschauungen nicht feststellen.

Ist dies aus dem Nutzungseigentum abgeschriebene Sicherungseigentum nicht ein juristisches Zerrbild? Ist es nicht eine soziale Verirrung ganz bedenklicher Art? Es gibt m. W. keine gesetzlich geregelte Rechtsart, bei der die Wirkungen nicht genau dem wirtschaftlichen Zweck angepasst wären, es sei denn, dass zwingende Umstände zu einem andern Ausbau nötigen wie z. B. beim Quasiniessbrauch die verbrauchbare Natur des Objekts. Betrachten wir speziell das gesetzlich geregelte Sicherungsrecht, welches Sicherung durch Sachen vermittelt, das Sachpfandrecht, so sehen wir, dass in allen seinen Erscheinungsformen die Wirkungen genau nach dem Sicherungszweck abgemessen sind; nirgends ist mehr davon bereitgestellt als dieser Zweck erfordert. Das Sicherungseigentum soll nun, nach dem Willen ehrlicher, verständiger

Digitized by Google

Parteien, und kann, nach seiner rechtspolitischen Aufgabe, nichts anderes sein als ein dingliches Verwertungsrecht an der Sicherungssache (oder an ihren Früchten); sonstige Besitz-, Gebrauchs-, Nutzungsbefugnisse an derselben sind seinem Zwecke und der Absicht der Parteien entgegen; es muss genau so ein „Recht auf einen Wert aus der Sache" (Wertrecht) sein, wie das Pfandrecht, — von diesem nur durch die Ausschliesslichkeit der Berechtigung, welche nicht die Konkurrenz noch anderer Sicherungseigentümer duldet, und durch die völlige Freiheit in der Art der Verwertung verschieden.

Wenn wir nun nochmals beachten, wie die Rechtstellung des Pfandgläubigers sich genau nach dem Zweck der Rechtsart richtet: zunächst inhaltlich (denn er kann zur Verwertung der Sache nicht beliebig schreiten, sondern erst wenn seine Forderung trotz Fälligkeit nicht gezahlt wird, oder wenn vor der Fälligkeit die Sicherheit der Hypothek durch Verschlechterung des Grundstücks gefährdet wird; er hat bei Konkurs des Verpfänders nicht ein Aussonderungs-, sondern nur ein Absonderungsrecht); ferner aber auch nach seiner Dauer (denn das Mobiliarpfandrecht erlischt, sobald die Forderung bezahlt oder sonst ohne Pfandverwertung getilgt ist; und auch das Grundstückspfandrecht erlischt dann in seiner Eigenschaft als Sicherungsrecht, es verwandelt sich bekanntlich im Moment der Forderungstilgung regelmässig in eine Eigentümergrundschuld, also in ein wieder zu freier Disposition des bisherigen Verpfänders stehendes reines Wertrecht); — wenn wir also verfolgen, wie sorgfältig bei der Ausbildung des Pfandrechts die Technik der Rechtsbildung bestrebt ist, zwischen Mittel und Zweck Konformität herzustellen und alle für die rechtspolitische Aufgabe der Rechtsart unnötigen

Digitized by Google

Rechtswirkungen auszuschalten, — so drängt sich unabweislich die Frage auf: warum befolgt die Praxis nicht dieselben Grundsätze bei dem Ausbau des sog. Sicherungseigentums? Warum bekleidet sie nicht auch diese Rechtsart, die nichts anderes sein soll und darf als ein dem Pfandrecht gegenüber in seinen Sicherungswirkungen potenziertes Verwertungsrecht, nur mit wirklich zweckdienlichen Wirkungen? Warum beschränkt sie nicht die Ausübung des Verwertungsrechtes auf die Fälle, wo das Sicherungsbedürfnis sie fordert? Warum gibt sie nicht im Konkurse des Übereigners dem Sicherungseigentümer statt des deplazierten und dem Übereigner gefährlichen Aussonderungsrechtes das allein der Rechtslage entsprechende Absonderungsrecht? Warum lässt sie das Sicherungseigentum nicht von selbst erlöschen, wenn die Forderung bezahlt oder sonstwie getilgt und damit sein Weiterbestehen zwecklos geworden ist?

Auf diese Frage gibt es aber nur die eine Antwort: Der Grund für dieses rechtspolitisch unbrauchbare Verfahren liegt in der Verkennung der funktionellen Verschiedenheit von Sicherungseigentum und Nutzungseigentum und in dem aus dieser Umempfänglichkeit für die Bedeutung funktioneller Unterschiede entstammenden und durch das Dogma von der Unzuständigkeit des Richters zu selbständiger Rechtsbildung unterstützten Irrtum, der Richter dürfe ein Rechtsinstitut, welches die Rechtsordnung für die rechtspolitische Aufgabe a geschaffen hat, unbedenklich auch für einen andersartigen rechtspolitischen Zweck b verwenden; er bewege sich in solchem Falle völlig innerhalb der Grenzen der Gesetzesanwendung, mögen die Zwecke a und b noch so weit von einander abweichen. Demgegenüber frage ich: Wie würde

Digitized by Google

man einen Arzt beurteilen, der eine gegen eine bestimmte Krankheit heilkräftige Arznei kritiklos bei einer neu auftauchenden, ganz andersartigen Erkrankungsart verschriebe? Ich meine, es gibt keine krassere Gesetzesverletzung als die Verwendung eines Rechtsinstitutes für einen anderen als den ihm vom Gesetze zugedachten Zweck trotz der Wahrnehmung, dass in concreto diese unveränderte Verwendung für den neuen Zweck rechtspolitisch auf Abwege führt! Einen markanten Beleg für diese Behauptung bietet neben dem Sicherungseigentum auch der zugunsten der Hypothekengläubiger jetzt üblich werdende Sicherungsniessbrauch, auf dessen Gefahren kürzlich K. Schneider im „Recht" (1907, p. 805 ff.) aufmerksam gemacht hat.

3. Auch bei der Ausgestaltung des Übereignungsgeschäftes zeigen sich die berührten verhängnisvollen Einflüsse. Ursprünglich operierte man allein mit dem Sicherungskauf. Dies Verfahren besteht darin, dass der Übereigner dem Sicherungseigentümer die Sachen verkauft zu einem Preise, der nicht ihrem wahren Wert, sondern dem gewöhnlich viel niedrigeren des gegebenen Darlehns entspricht. Darlehn und Kaufpreis werden dann formal gegeneinander aufgerechnet; die Sachen werden dem Übereigner vermietet gegen einen den Darlehnszinsen entsprechenden Mietzins. Nach Ablauf der Darlehnszeit hat Übereigner das Recht, bisweilen auch die Pflicht, die Sachen zu dem Darlehns- oder auch einem höheren Betrage zurückzukaufen. Dieser Sicherungskauf ist nicht nur, wie Hallbauer (p. 633—635, 661, 663) ausführt, in vielem widersinnig und den Interessen der Parteien entgegen, er ist auch zumeist von Anfang bis zu Ende simuliert, überall taucht hinter ihm als negotium dissi-

Digitized by Google

mulatum das Darlehn mit Sicherungsübereignung auf; Hallbauer nennt ihn deshalb mit Recht juristischen Humbug.

Die Praxis beginnt dies einzusehen und die offene Sicherungsübereignung zuzulassen (cf. RE. 59 Nr. 43, VII, 1904). Aber bei dem Ausbau dieses neuen Geschäftes kann sie wieder nicht aus ihrer Haut heraus. Sie glaubt den gewünschten Erfolg mit dem vom Gesetz dargebotenen Mittel der abstrakten Eigentumsübertragung herbeiführen zu können. Das ist ein grosser Irrtum. Der abstrakte dingliche Vertrag vermag für sich allein auch das Nutzungseigentum nur als Provisorium zu schaffen; im Hintergrunde steht da noch immer die condictio sine causa; damit es definitiv bei dem Erwerber verbleiben könne, ist nicht nur ein gültiges Kausalgeschäft (Kauf, Schenkung etc.) erforderlich, sondern auch gültiger Vollzug des vollständigen Erfüllungsgeschäftes; zu letzterem gehört aber ausser dem dinglichen Übereignungsvertrage noch als weiterer Tatbestandsteil die Erfüllungsabrede der Parteien, durch welche der Schuldner die Übereignung als Erfüllung des betreffenden Kausalgeschäftes anbietet und der Gläubiger sie als ordnungsmässige Erfüllung eben dieses Kausalgeschäftes annimmt; durch welche also erst der Übereignungsakt in Beziehung zu dem Kausalgeschäft gesetzt wird. Auch diese Erfüllungsabrede muss gültig getroffen sein, damit das Nutzungseigentum dem Erwerber endgültig zufalle; ist z. B. der Erwerber minderjährig, das Kausalgeschäft gültig für ihn vom Vormund abgeschlossen, aber die Übergabe der Sache an ihn ohne Zustimmung des Vormundes geschehen, so hat er das Eigentum nur provisorisch erworben; denn die Erfüllungsabrede, die ihm erst den definitiven Erwerb verbürgt, kann er selbständig nicht



Digitized by Google

treffen; er kann wohl „Leistung", aber nicht „Zahlung" empfangen. Ebenso steht es bei der Verpfändung. Der abstrakte dingliche Vertrag erzeugt auch hier nichts weiter für den Erwerber als ein provisorisches Recht, in bestimmtem Verfahren einen gewissen Geldwert aus der Sache herauszuziehen, ein provisorisches „Wertrecht". Zum definitiven „Pfandrechte" wird dasselbe erst dann, wenn infolge eines gültigen Kausalgeschäftes (etwa Darlehn) eine sicherbare Forderung vorliegt, und ausserdem das Sicherungsgeschäft vollständig abgeschlossen ist. Hierzu gehört aber wieder ausser der Vornahme des dinglichen, auf Schaffung des nötigen Rechtsinhaltes, also auf Bestellung des „Wertrechts" gerichteten Vertrages — noch der Abschluss der Sicherungsabrede, welche den Zweck des Wertrechtes, seine Aufgabe, die Forderung aus dem Kausalgeschäft zu sichern, festlegt. Ist diese Sicherungsabrede ungültig, hat z. B. unter der Herrschaft des SCtum Vellejanum eine Frau eine Verpfändung interzessionsweise versucht, so kommt kein definitives Pfandrecht, sondern höchstens (wenn nämlich der das Wertrecht bestellende Vertrag nach der betreffenden Gesetzgebung abstrakt wirkt) ein provisorisches, von der Bestellerin deshalb kondizierbares Wertrecht zustande. Bei der Sicherungsübereignung kann es nicht anders sein; auch hier können für den definitiven Erfolg die sicherbare Forderung und die Sicherungsabrede nicht entbehrt werden.

Wir sehen, auch bei dem Ausbau des Übereignungsgeschäftes wird die Praxis durch das Bestreben, mit den bestehenden Rechtsinstituten auszukommen, und den Mangel an Einsicht in die Wirkungsweite des betreffenden Rechtsinstitutes (nämlich des abstrakten dinglichen Vertrages) auf

Digitized by Google

ungangbare Wege geführt. Dieselben Gründe bewirken, dass man den Inhalt des „Übereignungsvertrages" nicht korrekt auf Bestellung eines potenzierten Verwertungsrechtes beschränkt, und dass man auch dem in Frankreich und England (cf. DJZ. 1907 p. 589/90) bewährten Verfahren, im Interesse der Kreditoren des Übereigners eine öffentliche Registrierung der Sicherungsübereignung einzuführen, nicht näher getreten ist.

IV. Wenn V. dem K. ein Grundstück verkauft und auflässt und K. dann dieses Grundstück dem B. durch paulianische Schenkung zuwendet, so ist zweifellos die paulianische Anfechtung gegen B. zulässig. Aber auch dann, wenn die paulianische Zuwendung des K. an B. sich so vollzog, dass V., gemäss entsprechender Abrede mit K., das diesem geschuldete Grundstück direkt, auf Rechnung des K., dem B. übereignete, — so dass es also keinen Augenblick in das Eigentum des K. selber getreten ist, — gibt das Reichsgericht der paulianischen Anfechtung in bezug auf das Grundstück gegen B. statt (cf. RE. 48 Nr. 35, VII, 1901; RE. 43 Nr. 21, II 1899; RE. 59 Nr. 57, VII 1904). Beiläufig bemerkt: in klarer Ergänzung des Gesetzesrechtes; denn keine noch so scharfsinnige Deduktion vermag die Tatsache umzustossen, dass sowohl § 37 RKO. als auch § 7 des Reichsanfechtungsgesetzes als Anfechtungsobjekt nur das kennen, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners (Schuldners) veräussert ist, und dass andererseits in dem obigen Fall das Grundstück keinen Augenblick in diesem Vermögen des K. gewesen ist. Der rechtspolitische Grund dieses vernünftigen Gerichtssatzes liegt darin, dass die auf pactum in favorem tertii erfolgende



Digitized by Google

Leistung an einen Dritten auf Rechnung des Gläubigers, — dieses zu den kombinierten Erfüllungsgeschäften (cf. oben p. 44) gehörige Verfahren, welches die gleichzeitige Abwickelung der beiden, zwischen K. und V., resp. B. und K., in Frage stehenden Kausalverhältnisse (Kauf, Schenkung) durch die eine Leistung des V. an B. bezweckt, — den Gläubigern des K. nicht Nachteile bringen darf, denen sie bei Abwickelung jener Kausalverhältnisse durch zwei normale Solutionen (V. an K., K. an B.) nicht ausgesetzt wären.

Entsprechend ergibt sich, dass der Schenker K. selber dadurch, dass er zum Vollzug der Schenkung das kombinierte Abwickelungsverfahren durch die eine Leistung V.—B. wählte, in der späteren Geltendmachung eines Herausgabeanspruches wegen Verarmung (BGB. § 528) oder wegen erfolgten Widerrufes (BGB. § 531) nicht beschränkt werden darf.

Nicht weniger gewiss ist, dass K., im Falle die Schenkung an B. ungültig war, die Leistung V.—B. von B. kondizieren kann. Und wenn die Leistung V.—B. ein dem B. von K. hinterlassenes Vermächtnis des Grundstückes realisieren sollte, so ist der Erbe des K. nicht nur im Fall der etwaigen Ungültigkeit dieses Vermächtnisses, sondern auch bei Insolvenz des Nachlasses berechtigt, das Grundstück dem B. wieder abzufordern.

Die Wahl des einen kombinierten Erfüllungsgeschäftes statt zweier einfacher Solutionen verschiebt also in allen diesen Fällen die Rechtslage zwischen K. und B. in keiner Weise. Wäre es anders, so wäre ja damit die rechtspolitische Unmöglichkeit dieses kombinierten Erfüllungsgeschäftes bewiesen; wer würde sich seiner dann noch bedienen?

Digitized by Google

Betrachten wir nun, im Anschluss an diese Gedankengänge, die Behandlung, welche die Reichsgerichtspraxis der Lebensversicherung zugunsten eines Dritten in den entsprechenden Situationen angedeihen lässt.

Wenn ich mein Leben zugunsten eines Dritten versichere, so kann ich durch sehr verschiedene Gründe dazu bewogen sein. Regelmässig führt zu solcher Versicherung der Wunsch, auf meinen Todesfall einer nahestehenden Person, etwa meiner Ehefrau, ein Kapital von bestimmter Höhe als letztwillige Zuwendung bereitzustellen; aber es kommt auch vor, dass die Versicherungssumme dazu dienen soll, eine bereits vorhandene oder eine möglicherweise noch entstehende Schuld des Versicherungsnehmers an den Dritten zu tilgen, resp. sicherzustellen; z. B. der Versicherungsnehmer fühlt sich nicht imstande, ein erhaltenes Darlehn noch bei Lebzeiten zurückzuzahlen, — oder er will seinem socius durch die auf dessen Namen gestellte Versicherung Deckung wegen etwaiger künftiger Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis geben.

M. a. W., jede Lebensversicherung zugunsten eines Dritten setzt zu ihrer programmmässigen Abwickelung notwendig zwei Kausalverhältnisse voraus: einmal den Versicherungsvertrag zwischen dem Versicherungsnehmer (K.) und der Versicherungsgesellschaft (V.), durch den K. zur Entrichtung der Prämien an V. und V. zur Leistung der Versicherungssumme an den Dritten (B.) verpflichtet wird; und zweitens ein Kausalverhältnis beliebigen Inhalts zwischen K. und B., das den B. gegenüber dem Erben des K. zum Behalten der von V. an ihn entrichteten Versicherungssumme berechtigt. Dies Kausalverhältnis B.—K. liegt natürlich

Digitized by Google

vielfach schon zu Lebzeiten des K. fertig vor (z. B. als Darlehn, Schenkung, als obligatio ex delicto oder ex lege qualibet); ist es als Vermächtnis beabsichtigt, so wird ebenfalls der K. häufig die Vermächtnisofferte bz. der Versicherungssumme durch besonderen formgerechten Akt (Testament, Erbvertrag) an B. ergehen lassen. Aber in diesem Falle besteht für die Lebensversicherung das m. E. bisher nicht genügend gewürdigte Gewohnheitsrecht, dass es solcher formgerechten Vermächtnisofferte des K. an B. nicht bedarf; auch die erst nach dem Tode des K. ergehende formlose Mitteilung seitens des Erben des K. oder seitens der Versicherungsgesellschaft von dem Bestehen der Lebensversicherung an B. genügt als Offertentatbestand, auf den hin B. durch seine Zustimmung diese formlose letztwillige Zuwendung K.—B. zum Abschluss bringen kann.

Das Verfahren, durch welches die Versicherungstransaktion zur Durchführung gebracht wird, ist nun ganz das gleiche wie in den oben berührten Fällen; nämlich das kombinierte Erfüllungsgeschäft gleichzeitiger Abwickelung der beiden causae K.—V. und B.—K. durch die eine Leistung V.—B., zu dem durch das dem Versicherungsvertrage immanente pactum in favorem tertii der Anstoss gegeben ist.

Hätte nun der K. für die besagte Transaktion den andern noch möglichen Weg gewählt, sein Leben zugunsten des Nachlasses resp. zugunsten seines jeweiligen Erben zu versichern (wodurch die Versicherungssumme in den Nachlass fallen würde; cf. RE. 16 Nr. 25 p. 129; 32 Nr. 42) und dem Erben die Auskehrung der Versicherungssumme an B. aufzuerlegen, — würden also die causa K.—V. und die causa B.—K. jede für sich durch eine normale solutio abgewickelt,

Digitized by Google

— so würde zweifellos für die Frage, ob und wieweit gegen die solutio der causa B.—K. eine Anfechtung seitens der Nachlassgläubiger oder eine condictio seitens der K.schen Erben wegen Insolvenz des Nachlasses oder aus sonstigen Gründen gerichtet werden könnte, die Natur der causa B.—K. ausschlaggebend sein; ist B. Vermächtnisnehmer oder Beschenkter, so steht er in den genannten Beziehungen schlechter als wenn ihm die Versicherungssumme auf eine ihm gegen K. zuständige Darlehns- oder Deliktsforderung überwiesen wurde.

Man sollte nun meinen, an diesem ausschlaggebenden Einfluss der causa B.—K. könnte dadurch, dass K. für den Vollzug der Transaktion den Weg der direkten Lebensversicherung zugunsten des B. wählt, also ein Verfahren einschlägt, das die bewusste kombinierte Abwickelung der beiden causae durch die eine Leistung V.—B. gestattet, unmöglich etwas geändert werden. Aber für diesen Fall belehrt uns die Reichsgerichtspraxis eines ganz anderen! Eine auf die Rückgewähr der Versicherungssumme gerichtete paulianische Anfechtung wird durch RE. 51 Nr. 92, VII 1902 schlechthin ausgeschlossen, ohne jede Rücksicht auf die zwischen B. und K. bestehende causa, weil die Versicherungssumme nicht gemäss § 37 RKO. aus dem Vermögen des Gemeinschuldners von B. erlangt sei. Die condictio des Erben wird daher wohl ebensowenig Gnade vor den Augen des Reichsgerichtes finden; dagegen wird durch RE. 61 Nr. 51, VII 1904, dem Kausalverhältnis B.—K. dann eine Bedeutung für die paulianische Anfechtung zugesprochen, wenn die Anfechtung der von K. an V. geleisteten Prämienzahlungen in Betracht kommt; dann erzeuge die Absicht

Digitized by Google

liberaler Zuwendung der Versicherungssumme an B. die Schenkungspauliana gegen B. bezüglich dieser Prämienzahlungen.

Diese Entscheidungen sind mit der oben (p. 83) zitierten desselben Senats (in RE. 59 Nr. 57, 1904) schlechthin unvereinbar. Hier wird die paulianische Anfechtung der Leistung V.—B. (sc. des dem K. von V. geschuldeten Grundstücks) gegen B. zugelassen, weil durch die Leistung V.—B. ein Wert des K., „wenn auch in anderer Gestalt", in das Vermögen des B. gelangt sei. Von einer Anfechtung, die auf Rückgewähr des von K. an V. für das Grundstück gezahlten Kaufpreises, also der Erwerbsaufwendung des K., durch den B., abzielte, ist dagegen nicht die Rede; wie sollte auch der B. nach den Anfechtungsvorschriften der RKO. und des RAnfG. dazu angehalten werden können, etwas zurückzugewähren, was er nie bekommen hat! Die in der Lebensversicherungsfrage ergangenen Entscheidungen lassen dagegen gerade die Anfechtung der Erwerbsaufwendung (sc. der Prämien) gegen B. zu, und verneinen seine Pflicht zur Rückgewähr der die Leistung V.—B. darstellenden Versicherungssumme, weil diese nicht aus K.'s Vermögen weggegeben sei!

Die Entscheidung in RE. 61 Nr. 51 zeugt zudem von einer schwer begreiflichen Verirrung in juristischen Grundanschauungen. In der Zahlung der Prämien an die Versicherungsgesellschaft, also in der Erfüllung der dem K. aus dem Versicherungsvertrage gegenüber dem V. obliegenden Verbindlichkeit, soll zugleich eine unentgeltliche Verfügung zugunsten des B. liegen! Seit wann kann ich einem Dritten dadurch schenken, dass ich meinem Gläubiger meine Schuld bezahle?!

Digitized by Google

Der Ausschluss aber der paulianischen Anfechtung gegenüber der an B. gelangten Versicherungssumme ist ein schreiendes soziales Unrecht, wie auch vielseitig anerkannt wird.

Woher stammt nun dieses Tohuwabohu von Inkonsequenz, Unlogik und Unbilligkeit? Das Dogma von der „originären Natur" des Drittenrechtes aus dem pactum in favorem tertii, bekanntlich eines der gepriesensten Erzeugnisse der Begriffsjurisprudenz, hat, wie die Begründung der Entscheidungen ergibt, seinen Teil daran; aber das Reichsgericht hätte diesen alten Ladenhüter des Begriffshimmels schwerlich noch 1904 wieder ins Schaufenster gestellt, wenn inzwischen bereits eine vernunftgemässe juristische Begriffsbildung bemüht gewesen wäre, die Lehre von den Erfüllungsgeschäften nach funktionellen Gesichtspunkten aufzubauen. Dieser Mangel an Einsicht in das funktionelle Getriebe, der sich auch im BGB. in der völlig planlosen systematischen Auseinanderreissung der verschiedenen Erfüllungsgeschäftsarten widerspiegelt, trägt sicher die Hauptschuld an der blinden Unsicherheit, mit der die Fortbildung des Rechtsdetails sich hier vollzogen hat.

Die Zahl solcher Beispiele lässt sich leicht vervielfachen. Fast jede Privatrechtsmaterie gäbe wohl Stoff dazu her. Aber die gegebenen Stichproben genügen für den Beweis, dass es mit der Rechtsbildung so lange arg bestellt sein wird, als nicht die Begriffsbildung zur Herausarbeitung der F u n k t i o n e n der Rechtsinstitute sich aufrafft.

Digitized by Google

Digitized by Google

Verlag von Julius Abel, Greifswald.

# Das Causa-Problem
## des Civilrechts

Eine rechtsphilosophische Studie
am § 365 BGB.

von

**Dr. Ernst Stampe**
o. ö. Professor der Rechte zu Greifswald

8° 44 Seiten. Preis M. 1.—.

---

## Festgabe
## der Greifswalder Juristenfakultät

für

## Ernst Immanuel Bekker
zum 17. Februar 1899.

Inhalt:
1. Bierling, Gesamtwille und Gesamthandlung.
2. Stampe, Der letzte Regulierungsprozeß auf Rügen.
3. Stoerk, Das Bürgerliche Gesetzbuch und der Gesetzgebungsapparat des Deutschen Reiches.

8° 154 Seiten. Preis M. 3.—.

Digitized by Google

Verlag von Julius Abel in Greifswald.

# Geschichts- und Kunstdenkmäler

der

# Universität Greifswald

Zur 450jährigen Jubelfeier
im Auftrage von Rektor und Senat

herausgegeben von

**D. Victor Schultze**
ord. Professor der Theologie

Folio; IV, 68 Seiten Text, 20 Lichtdrucktafeln,
1 Faksimile. – Mit vielen Abbildungen im Text.

Inhalt. Einleitung. Die Rubenow-Bildnisse. Ein Blatt der Universitätschronik. Das Universitätsgebäude und seine Vorgänger. Die Scepter. Der Rektormantel. Die Kette und der Ring des Rektors. Der Croyteppich. Die Universitätssiegel. Der Lutherbecher. Das Kloster Eldena. Ein Brief von E. M. Arndt.

**Preis elegant kartonniert 6 M.**

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google